



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

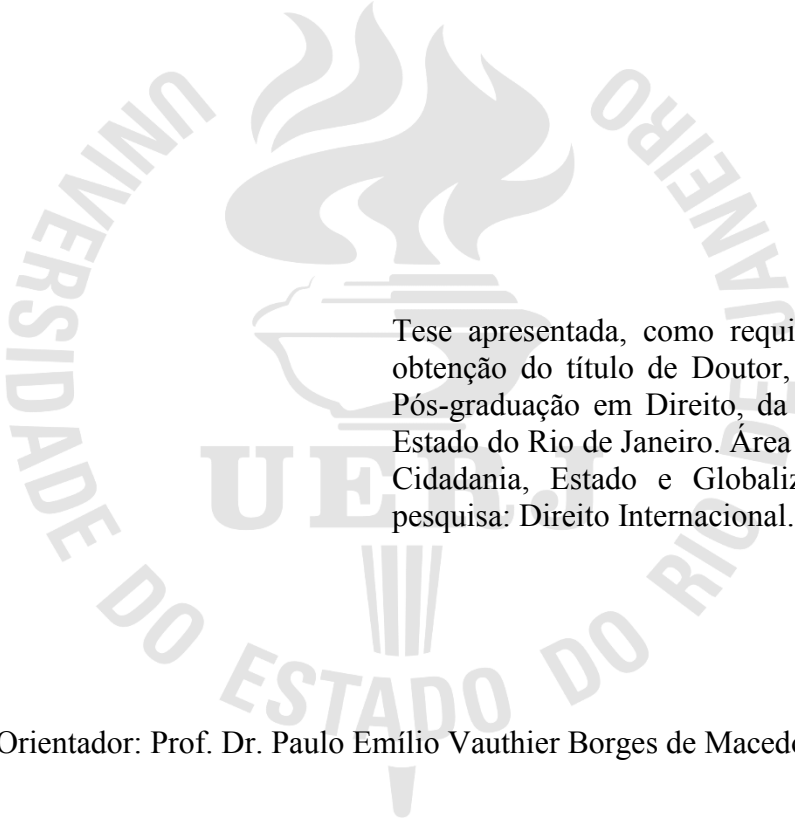
**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial  
ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual  
conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados**

Rio de Janeiro

2017

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C416 Cerqueira, Luis Eduardo Bianchi.

O Caso “Mox de Sellafield”- do Projeto Constitucionalista de Estado Mundial ao Direito Internacional Feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados / Luis Eduardo Bianchi Cerqueira. - 2017.

767 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional - Teses. 2. Direitos humanos - Teses. 3. Soberania - Teses. I. Macedo, Paulo Emílio Vauthier Borges de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Aprovada em 20 de fevereiro de 2017

Banca Examinadora:

---

Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo (Orientador)  
Prof. Dr. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Marilda Rosado de Sá Ribeiro  
Professora Dra. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Raphael Carvalho de Vasconcelos  
Professor Dr. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Antônio Celso Alves Pereira  
Professor Dr. da Faculdade de Direito da UVA

---

Rafael Zelesco Barretto  
Professor Dr. da Faculdade de Direito da Unilassale

Rio de Janeiro

2017

Somente pela ação concorrente ou mutuamente oposta dos dois instintos primevos – Eros e Tânatos – e, nunca por um ou outro sozinho, podemos explicar a rica multiplicidade dos fenômenos da vida.

Sigmund Freud

Tudo quanto é reto mente – murmurou com desdém o anão –, toda verdade é sinuosa; o próprio tempo é um círculo.

Friedrich Nietzsche

## RESUMO

CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **O Caso “Mox de Sellafield”- do Projeto Constitucionalista de Estado Mundial ao Direito Internacional Feudalizado** : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados. 2017. 767 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Esta tese tem por objetivo saber se a fragmentação do Direito Internacional - no que diz respeito, especificamente, ao aspecto do conflito estrutural entre os diferentes meios de solução de controvérsias, de diversos regimes de tratados - é um problema a ser resolvido, se é algo vantajoso ou desejável, ou ainda, se é mero desdobramento de um processo histórico. Para tanto, parte-se de um caso concreto, o Caso “Mox de Sellafield”, para, em seguida, analisar situações concretas semelhantes. Posteriormente, são expostas as opiniões doutrinárias sobre o tema e avaliadas as possíveis soluções de natureza processual e não-processual, considerada a fragmentação como um problema, hipoteticamente. Em momento posterior, diante da insuficiência de respostas, parte-se para uma investigação das origens históricas da fragmentação do Direito Internacional, começando pelas origens da atual pulsão fragmentadora, na qual se nota uma forte correlação entre o surgimento do capitalismo flexível e a mudança do Direito Internacional, o que poderia sugerir algum grau de intencionalidade nesta última. Em um momento seguinte, é verificada a origem histórica da visão sistêmica de Direito Internacional, porque o próprio conceito de fragmentação pressupõe a existência de uma unidade anterior. Mas o fato do Direito Internacional não ser um sistema, em sentido técnico, não significa que a fragmentação não seja prejudicial à segurança jurídica ou que o Direito Internacional não possa ser percebido como um ramo existente e autônomo da Ciência do Direito, diante de sua configuração peculiar. Por fim, recua-se um pouco mais na História, para pesquisar a origem da pulsão de repetição, que alterna fragmentação e unificação, afastando-se qualquer possibilidade de que a intencionalidade deva ser considerada como um fator decisivo na fragmentação do Direito Internacional, dada a antiguidade e o caráter cíclico do fenômeno.

Palavras-chave Fragmentação do Direito Internacional. “*Gestalt*”. “*Gestaltung*”. Sistema. Conflito Estrutural. Pulsão Histórica. Remedievalização. Intencionalidade. Princípio *Lis Pendens*. “*Kompetenz-Kompetenz*”. Estado. Assimetrias de Poder. Soberania. Generalização das Sanções. *Jus Cogens*. Valores. Direitos Humanos. Estado Mundial. Constituição Mundial. “*Soft law*”. Governança Global. Direito Não-Estatal. *Lex Mercatoria*. Redes Mundiais.

## ABSTRACT

CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Mox de Sellafeld Case – from World State Constitutionalist Project to Feudalized International Law**: origins and consequences coming from the contemporary structural conflict between autonomous treaty regimes. 2017. 767 f. Thesis (PHD International Law) – Law School, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This thesis aims to know if the fragmentation of International Law – specifically, in terms of structural conflict between different ways of controversy solutions, from diverse treaty regimes – is merely a problem, still to be solved; something useful or desirable; or only a development from an historical process. In order to do it, the thesis starts from a concrete case, “Mox de Sellafeld”, and analyses other similar concrete situations. Afterwards, are shown some doctrinal positions about this theme and some possible solutions, procedural or not, are evaluated, hypothetically considering International Law’s fragmentation as a problem to be solved. In a following moment, in the absence of complete answers, an investigation of the historical origins of the International Law’s fragmentation begins, starting from the origins of the contemporary fragmentation’s pulse, in which we can perceive a strong correlation between flexible capitalism eclosion and International Law’s changing, what could suggest a sort of intentionality at that last one. After this, this thesis investigates the historical origins of the systemic view of International Law, even because the concept of International Law fragmentation presupposes the idea of a previous unity. But, it is not because International Law does not constitute a system, in a strict technical sense, that its fragmentation does not brings some matters to International Law previsibility and coherence. Or yet, that International Law cannot be noticed as an existent and autonomous field of Law Science, because of its peculiar configuration. Finally, this thesis goes still back in time, investigating the repetition pulse, that alternates International Law fragmentation and unification, what allows to dismiss the possibility of considering any sort of intentionality as a decisive factor in the International Law fragmentation, taking in account how old and cyclical the phenomena presents itself.

Keywords: International Law Fragmentation. Gestalt. Gestaltung. System. Structural Conflict. Historical Pulse. Re-mediavelization. Intentionality. *Lis Pendens* Principle. Kompetenz-Kompetenz. State. Power Assimetries. Sovereignty. Sanctions Generalization. *Jus Cogens*. Values. Human Rights. Universal State. World Constitution. Soft Law. Global Governance. Non-State Law. *Lex Mercatoria*. World Networks.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - " <i>Gestalt</i> " das relações jurídicas internacionais esporádicas .....	532
Figura 2 - " <i>Gestalt</i> " da Antiguidade (grandes impérios)/Idade Média.....	533
Figura 3 - " <i>Gestalt</i> " da fragmentação da Modernidade .....	534
Figura 4 - " <i>Gestalt</i> " de cooperação.....	535
Figura 5 - " <i>Gestalt</i> " de subordinação .....	536



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABM	Anti Ballistic Missile Treaty – Tratado sobre Mísseis Antibalísticos
ADL	Arthur Dehon Little Consulting Group
AGR	Advanced Gas cooled Reactor – Reator Avançado Refrigerado a Gás
AIEA(IAEA)	Agência Internacional de Energia Atômica
ALI	American Law Institute – Instituto Americano de Direito
AVF	All Volunteer Force Act – Ato de Forças Inteiramente Voluntárias
BIS	Bank for International Settlements – Banco Internacional de Descontos
BNFL	British National Fuels Ltd.
CAFE	Conventional Armed Forces in Europe – Forças Armadas Convencionais na Europa
CDI(ILC)	Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CEJ (ECJ)	Corte Europeia de Justiça
CIA	Central Intelligence Agency – Agência Central de Inteligência
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIJ(ICJ)	Corte Internacional de Justiça
COGEMA	Compagnie Générale des Matières Nucléaires
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
CSBT	Convenção da Comissão para a Conservação do Atum “Southern Bluefin”
DEFRA	Department for Environment Food & Rural Affairs – Departamento para Assuntos Ambientais, de Alimentos e Rurais
DES	Direitos Especiais de Saque
EEC(CEE)	European Economic Community – Comunidade Econômica Europeia
EIR	Environment Information Regulation – Regulação sobre Informações Ambientais
EU(CE)	European Commission – Comissão Europeia
EURATOM	Tratado da Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA)
FDI	Foreign Direct Investment – Investimento Estrangeiro Direto
FIFA	Fédération Internationale de Football Association – Federação

	Internacional de Futebol “Association”
FMI(IMF)	Fundo Monetário Internacional
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
ICC	International Chamber of Commerce – Câmara Internacional de Comércio
ICRP	International Commission on Radiologic Protection – Comissão Internacional de Proteção Radiológica
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes – Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos
IET	Interest Equalization Tax – Imposto para Equalização de Juros
ILA	International Law Association – Associação Internacional de Direito
IMO	International Maritime Organization – Organização Marítima Internacional
ITLOS	International Tribunal for the Law of the Sea – Tribunal Internacional para o Direito do Mar
GOSBANK	Banco do Estado (Banco Central da União Soviética)
JNCDI	Japanese Nuclear Cycle Development Institute – Instituto Japonês para o Desenvolvimento do Ciclo Nuclear
LMA	Liabilities Management Authority – Autoridade de Gerenciamento de Riscos
LWR	Light Water Reactor – Reator de Água Leve
MARPOL	Marine Pollution Convention – Convenção sobre Poluição Marinha
MBFR	Mutual and Balanced Forces Reduction – Redução Recíproca e Equilibrada de Forças
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MOX	mixed oxide – óxido misto
NAFTA	North American Free Trade Agreement – Acordo Norte Americano de Livre Comércio
NPT(TNP)	Non Proliferation Treaty – Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares
OCDE(OECD)	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC(WTO)	Organização Mundial do Comércio
ONG(NGO)	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas

OPAC (OPCW)	Organização para a Proibição de Armas Químicas
OSPAR	Conjunção de “Oslo”(convenção de 1972) e “Paris”(Convenção de 1974) – Convenção da Comissão de Proteção do Meio Ambiente Marinho do Nordeste do Atlântico
OTAN (NATO)	Organização do Tratado do Atlântico Norte
PA	Personnel Administration Consulting Group
PNTL	Pacific Nuclear Transport Ltd.
SALT	Strategic Arms Limitation Talks – Conferências sobre a Limitação de Armas Estratégicas
SPS	Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement – Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias
START	Strategic Arms Reduction Talks – Conferências sobre a Redução de Armas Estratégicas
THORP	Thermal Oxide Reprocessing Plant – Planta de Reprocessamento de Óxido Térmico
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – Acordo sobre Aspectos Relacionados aos Direitos de Propriedade Intelectual
TRP	Tokai Reprocessing Plant
UNCED	United Nations Convention on Environment and Development Convenção das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law – Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea – Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe – Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa
UNEP	United Nations Environment Programme – Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

WWF

World Wide Fund for Nature – Fundo Mundial para a Natureza

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
1	<b>ASPECTOS METODOLÓGICOS</b> .....	20
2	<b>O CASO “MOX DE SELLAFIELD” – A PEDRA ANGULAR DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL</b> .....	50
2.1	<b>Introdução e Contextualização: Diferenciação Funcional, Criação de Regimes Autônomos de Tratados e o Relatório Koskenniemi</b> .....	50
2.2	<b>Descrição dos Procedimentos Judiciários do Caso MOX de Sellafield</b> ....	58
2.3	<b>Repercussões do Caso MOX na Doutrina</b> .....	65
2.3.1	<u>A Questão da Subsidiariedade</u> .....	66
2.3.2	<u>A Questão dos Artigos 281 e 282 da Convenção UNCLOS e a Convenção OSPAR</u> .....	83
2.3.3	<u>A Questão da Jurisdição Suplementar do Mecanismo de Solução de Controvérsias da Convenção UNCLOS</u> .....	86
2.4	<b>Posições doutrinárias sobre a fragmentação do Direito Internacional</b> .....	106
2.4.1	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como uma Quebra Indesejável do Sistema</u> .....	106
2.4.2	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Mero Discurso</u> .....	130
2.4.3	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Manifestação Saudável de Pluralismo</u> .....	141
2.4.4	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Resultado de uma Intencionalidade</u> .....	152
2.4.5	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Gerencialismo</u> .....	158
2.5	<b>Casos Relacionados</b> .....	163
2.5.1	<u>O Caso Tadic</u> .....	163
2.5.2	<u>O Caso Nada</u> .....	166
2.5.3	<u>O Caso "Southern Bluefin Tuna"</u> .....	169
2.6	<b>Possíveis Soluções para o Conflito entre os Diferentes Regimes de Tratados</b> . 175	
2.6.1	<u>O Princípio <i>Lis Pendens</i> Internacional</u> .....	175
2.6.1.1	Possíveis Soluções de Natureza Processual para o Conflito.....	185

2.6.1.2	Possíveis Soluções de Outra Natureza para o Conflito.....	194
2.6.2	<u>Há Possibilidade de Solução do Conflito Estrutural entre Diferentes Regimes de Tratados?</u> .....	211
2.6.3	<u>O Direito Fornece Todas as Respostas para o Problema do Conflito Estrutural?...</u>	217
2.7	<b>Conclusão: a Questão é Bem Mais Complexa do que Aparece</b> .....	218
3	<b>A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O ESPAÇO TRANSNACIONAL</b> .....	227
3.1	<b>Introdução: A Relação entre a Formação de um Espaço Jurídico Transnacional e a Fragmentação do Direito Internacional</b> .....	227
3.2	<b>A Formação do Espaço Jurídico Transnacional: A Pulsão Fragmentadora...</b>	230
3.2.1	<u>Do Padrão de Acumulação Fordista ao Padrão de Acumulação Flexível</u> .....	230
3.2.2	<u>Das Transformações Ocorridas nos Sujeitos, no Objeto e na Forma do Direito Internacional</u> .....	271
3.2.3	<u>O Papel da Diferenciação Funcional na Fragmentação do Direito Internacional: da Alegada Impossibilidade de um Sistema de Direito Internacional, em Razão do Isolamento de suas Partes Componentes</u> .....	310
3.2.4	<u>Capital Internacionalizado e Fragmentação do Direito Internacional: um Casamento de Conveniência</u> .....	324
3.2.5	<u>Da Insegurança Jurídica Resultante do Conflito entre os Supostos Subistemas de Direito Internacional</u> .....	331
3.2.6	<u>Direito Internacional Contemporâneo, a Sua Autonomia e o Conceito de “Gestalt”</u> .....	338
3.3	<b>A Feudalização do Direito Internacional</b> .....	348
3.3.1	<u>A Privatização do Direito Internacional</u> .....	351
3.3.1.1	A Privatização das Fontes de Direito Internacional: as Normas Não nacionais e as Normas Não estatais.....	353
3.3.1.2	A Privatização da Administração da Justiça Internacional.....	358
3.3.1.3	A Privatização dos Atos Jurídicos Materiais, na Guerra e na Paz.....	362
3.3.1.4	A Privatização dos Sujeitos de Direito Internacional: o Cosmopolitismo e as Redes.....	367
3.3.1.5	A Privatização do Objeto do Direito Internacional: a Cidadania Universal e os Novos Temas dos Tratados Internacionais.....	371
3.3.1.6	A Privatização da Forma do Direito Internacional: “Soft Law” e	

	Responsabilidade Social.....	374
3.3.2	<u>A Tirania dos Valores no Direito Internacional e os Direitos Humanos.....</u>	377
3.3.3	<u>A Respublica dos Direitos Humanos Será Democrática? O Caso Gelman.....</u>	421
3.4	<b>Conclusão: a Fragmentação do Direito Internacional em um Contexto Mais Amplo.....</b>	423
4	<b>ORIGEM: O PROJETO CONSTITUCIONALISTA DO PÓS GUERRA E O PRETENSO NASCIMENTO DE UM SISTEMA DE DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	433
4.1	<b>Introdução: Um Sistema Jurídico Baseado na Soberania e no Princípio da Igualdade dos Estados.....</b>	433
4.2	<b>Do Projeto Constitucionalista: a Pulsão Unificadora.....</b>	442
4.2.1	<u>Os Primeiros Sinais da Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período Entreguerras.....</u>	445
4.2.2	<u>A Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período dos Trinta Anos Dourados.....</u>	456
4.2.3	<u>O Arrefecimento da Pulsão Unificadora e a Grande Decepção da <i>Pax Americana</i>.....</u>	463
4.3	<b>Críticas ao Projeto Constitucionalista.....</b>	467
4.3.1	<u>A Crítica dos Realistas.....</u>	467
4.3.2	<u>A Crítica de Hart à Autonomia do Direito Internacional.....</u>	470
4.3.3	<u>A Resistência do Poder Hegemônico à Burocracia Transnacional e ao Estado Mundial.....</u>	476
4.4	<b>Da Substituição do Projeto Natimorto de Constitucionalismo, em Razão de sua Obsolescência: o Fim da Escala Nacional.....</b>	482
4.5	<b>Paradoxo: a Unificação, o Estado Mundial e o Fim do Direito Internacional .....</b>	488
4.6	<b>Conclusão: o Papel do Enfraquecimento das Instituições da Modernidade (Estado Nacional e Soberania) no Retorno ao Estado Anterior.....</b>	491
5.	<b>UMA VISÃO DE LONGO PRAZO A PULSÃO DE REPETIÇÃO: DA ALTERNÂNCIA DAS PULSÕES DE FRAGMENTAÇÃO E UNIFICAÇÃO.....</b>	494
5.1	<b>Introdução: Carl Schmitt, o Eterno Retorno e as Pulsões de Fragmentação e Unificação.....</b>	494
5.2	<b>Soberanias Continentais Europeias versus "<i>Privateers</i>" e Corsários.....</b>	496

5.3	<b>Os Ciclos de Unificação e Fragmentação.....</b>	506
5.4	<b>Qual o Papel da Intencionalidade na Fragmentação do Direito Internacional ?.....</b>	526
5.5	<b>No Longo Prazo, o Direito Internacional é uma “<i>Gestaltung</i>”.....</b>	530
5.6	<b>Conclusão: as Pulsões de Fragmentação, Unificação e Repetição são Inerentes à “<i>Gestaltung</i>” do Direito Internacional.....</b>	531
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	538
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	540
	<b>APÊNDICE – DESCRIÇÃO DO CASO MOX.....</b>	583
	<b>O Procedimento perante o Tribunal Arbitral OSPAR.....</b>	583
	<u>O Memorial Irlandês.....</u>	586
	<u>O Contra memorial do Reino Unido.....</u>	622
	<u>A Réplica Irlandesa.....</u>	663
	<u>A Tréplica do Reino Unido.....</u>	679
	<u>As Decisões Interlocutórias Proferidas.....</u>	680
	<u>A Decisão Final.....</u>	681
	<b>O Procedimento no Tribunal da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar – UNCLOS.....</b>	691
	<u>O Memorial Irlandês.....</u>	694
	<u>O Contra memorial do Reino Unido.....</u>	722
	<u>A Réplica Irlandesa.....</u>	741
	<u>A Tréplica do Reino Unido.....</u>	745
	<u>As Decisões Interlocutórias.....</u>	746
	<u>A Decisão Terminativa.....</u>	747
	<b>O Processo perante a Corte Europeia de Justiça.....</b>	747
	<b>ANEXO - Manifestação de Roger Jackling, Representando o Reino Unido, no Décimo quinto Encontro, da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 16/08/1974.....</b>	765



## INTRODUÇÃO

O tema da fragmentação do Direito Internacional é recorrente na doutrina, embora o foco das discussões sobre o assunto tenha mudado, de época em época. No período entre guerras ganhou repercussão o debate sobre eventual necessidade de codificação do Direito Internacional<sup>1</sup>, de modo a garantir a paz mundial.

Porém, o debate mais atual diz respeito ao risco de decisões conflitantes dos diferentes órgãos judicioriformes internacionais. Ele foi deflagrado, pela Corte Internacional de Justiça, mais precisamente, em 26 de outubro de 1999 e em 26 de outubro de 2000, através das falas dos Presidentes Schwebel e Guillaume, respectivamente, perante a Assembléia Geral das Nações Unidas<sup>2</sup>.

O alerta dos mencionados juízes foi de ansiedade, em razão da existência de um ambiente fragmentado de solução de controvérsias, na esfera internacional, com diversos entes judicioriformes, com atribuição para atuar em áreas residualmente coincidentes<sup>3</sup>.

Em função dessa ansiedade, formou-se no seio da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas um grupo de trabalho para estudar a fragmentação do Direito Internacional, tendo suas conclusões sido apresentadas em 2006, à Assembléia Geral<sup>4</sup>.

O que se observa é que, longe de limitar-se à disputa entre pluralismo e universalismo do Direito Internacional, que vem de longa data, existindo mesmo razões políticas inconfessáveis em ambos os discursos<sup>5</sup>, a eliminação do risco de decisões contraditórias, emanados dos diversos entes julgadores internacionais, embute a idéia da existência de uma ordem ou um sistema jurídico internacional, cuja coerência interna é requisito essencial à sobrevivência. Se o sistema jurídico internacional emite respostas diferentes e contraditórias para a mesma pergunta, sobre o que o direito é, dependendo do órgão judicioriforme que julgue, ele não pode ser considerado um sistema, independente do conceito que se utilize.

Também é interessante notar que o conflito se dá, tanto no plano normativo, quanto no fático (aspecto institucional), mas, contrariando a lógica que isola os planos do “ser” e do

---

<sup>1</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte. **The Retic of Fragmentation: Fear and Faith in International Law**. Leiden: Leiden Journal of International Law, vol.22, 2009. p. 12.

<sup>2</sup>Ibid.p. 25.

<sup>3</sup> Ibid.p. 25.

<sup>4</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Rapport Préliminaire sur la Fragmentation du Droit International: Difficultés Découlant de la Diversification et de L'Expansion du Droit International**. Groupe d'Étude sur la Fragmentation, Commission du Droit International, ILC (CVI)/SG/FIL/CRD.1, 2004. p.

<sup>5</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte. **The Retic of Fragmentation: Fear and Faith in International Law**. op. cit.p.26/28.

“dever ser”, o fato da existência de um conflito institucional entre os diferentes regimes autônomos de tratados produz como resultado decisões diferentes, sobre uma mesma matéria de fundo, através dos diferentes aparatos de solução de controvérsias existentes. Assim, o Direito Internacional vai se transformando, em seu conteúdo material, através desses precedentes, produzindo respostas díspares para um mesmo problema apresentado, o que representa uma quebra de seu caráter, alegadamente, sistemático.

Trata-se, aparentemente e segundo se alega, de um problema novo, que não existia nos primórdios do Direito Internacional, nem mesmo, durante a Guerra Fria. Há uma perplexidade, que surge em tempos muito recentes, acompanhando as transformações ocorridas no Direito Internacional, nos últimos trinta ou quarenta anos, no que diz respeito aos sujeitos, ao objeto e à forma do Direito Internacional<sup>6</sup>.

Por esse motivo, a questão da fragmentação do Direito Internacional é um tema instigante, que merece atenção da parte dos pesquisadores, em especial, na busca pelas origens do fenômeno, de suas conseqüências e de soluções para as afirmadas contradições.

Porém, o presente trabalho observa ser ingênua a tentativa de solucionar o risco de conflito estrutural entre mecanismos de solução de controvérsias de diferentes regimes de tratados autônomos, porque esse risco não surgiu aleatoriamente, mas do abandono do projeto de constitucionalismo<sup>7</sup> do Direito Internacional, que pressupunha a criação posterior de entes supranacionais.

Da mesma forma, afigura-se um tanto quanto inocente qualquer proposta de solução para a apontada quebra do caráter sistemático, que seja puramente jurídica, eis que, como se pretende demonstrar, do ponto de vista normativo, há soluções hermenêuticas de harmonização, porém, que não se mostram suficientes para superar as conseqüências do conflito institucional entre os regimes autônomos.

Com efeito, a quebra da pretensa unidade do Direito Internacional, tanto em termos de respostas que o sistema fornece, quando no que se refere à aplicação desse Direito, é resultado de uma sequência de eventos históricos, muito mais, portanto, do que um mero problema a ser solucionado.

Apesar de todos os problemas metodológicos relacionados à pesquisa histórica em Direito, a tese explora três clivagens históricas: uma, mais recente, que se inicia com o processo de globalização, para demonstrar como o Estado Mundial e a constitucionalização

---

<sup>6</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 15/334.

<sup>7</sup> FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel (Org.). **Repenser le Constitutionnalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation**. Paris: Société de Législation Comparée, 2011. p.1/452.

do Direito Internacional tornaram-se desnecessários, pela superação do Estado nacional, de modo que a sua fragmentação passa a interessar a alguns atores<sup>8</sup>, em detrimento do antigo projeto de unificação. A segunda clivagem, por sua vez, foca no conflito entre os discursos de unificação e de fragmentação, a partir do período entre-guerras, entre o surgimento da ideia de Direito Internacional como um sistema, de Estado Mundial e de constitucionalização do Direito Internacional e o seu posterior abandono. Por fim, a terceira clivagem, bastante mais longa, mostra que o conflito entre as forças unificadoras e fragmentadoras já existia, desde os primórdios do Direito Internacional moderno, o que é representado pelo conflito entre as soberanias continentais europeias e os “*privateers*” e corsários<sup>9</sup>.

No desenvolvimento da tese, se partirá do estudo de caso, com a descrição detalhada do Caso “Mox de Sellafield”, explorando todos os textos oriundos dos órgãos julgadores, bem como, os comentários existentes sobre eles, feitos pela doutrina e a sua recepção pela jurisprudência.

A seguir, serão estabelecidas as relações entre os diferentes tópicos teóricos e a realidade correspondente, de modo a atingir os objetivos gerais e específicos traçados, sempre com apoio na História – para permitir uma perfeita contextualização dos eventos – e em outros estudos de casos jurisprudenciais, com apoio na bibliografia relacionada.

São conceitos básicos para a presente tese e que terão de ser fixados, em seu decorrer, a ideia de fragmentação do Direito Internacional; de sistema, bem como, de sistema aberto e fechado; de princípios e conflito de princípios; de homeostase e entropia; e de autonomização e especialização; de padrão de acumulação e globalização; e de “*Gestalt*” e “*Gestaltung*”.

Para tanto, a tese abordará, no segundo capítulo, o O Caso “Mox de Sellafield”, considerado a pedra angular da transformação do Direito Internacional, pelas razões acima expostas. Inicia-se o capítulo pela relação existente entre diferenciação funcional, criação de regimes autônomos de tratados e o Relatório Koskenniemi, a título introdutório. Em seguida, faz-se uma descrição dos procedimentos judiciariformes do Caso Mox de Sellafield, observando-se que um resumo mais completo, feito a partir dos próprios autos judiciais originais, com tradução do próprio autor, encontra-se à disposição para consulta, no apêndice.

Ainda no segundo capítulo, são expostas as repercussões jurídicas do caso estudado, mostrando-se as diversas posições doutrinárias a respeito do assunto, os casos relacionados, as possíveis soluções para o conflito entre diferentes regimes de solução de controvérsias de

---

<sup>8</sup> BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. **The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law**. Tel Aviv: Tel Aviv University Law Faculty Papers, 2007, paper 41. <http://law.bepress.com/taulwps/fp/art41>. Acesso em 20/06/2012. p. 1/44

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre la Historia Universal**. Madrid: Trotta, 2007.p. 21/81.

tratados internacionais, para se concluir que a questão é bem mais complexa do que, meramente, encontrar-se uma solução jurídica para o suposto problema.

O terceiro capítulo tratará da fragmentação do Direito Internacional e da formação do espaço transnacional – não apenas do espaço jurídico transnacional, a bem dizer -, o que representa uma tentativa de compreensão da questão ilustrada pelo Caso MOX, de um ponto de vista mais amplo, que o da mera busca de tentativas de solução, oriundas da técnica jurídica, para o conflito institucional apontado.

Nesse diapasão, a título de introdução, será mostrada a relação existente entre a fragmentação do Direito Internacional e esse espaço transnacional, de gênese bastante recente. Nesse ponto, a tese ingressará no estudo da origem desse espaço transnacional, analisando a pulsão fragmentadora que ganhou força nos últimos trinta anos, mercê da mudança econômica. É nesse contexto que se analisa o alegado sistema jurídico internacional e sua autonomia.

O referido tópico enseja um questionamento posterior sobre a feudalização do Direito Internacional, dentro da ideia de um retorno à Idade Média, relacionando esse item com o papel central, desempenhado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e da eventual incompatibilidade dessa nova configuração do Direito Internacional com o Princípio Democrático.

O capítulo seguinte recua no tempo, para permitir uma comparação entre esses dois momentos: aquele da pulsão fragmentação dos últimos trinta anos, baseado no enfraquecimento dos Estados nacionais e relativização da soberania nacional; “*vis-à-vis*” o momento histórico anterior, onde se observa a existência de uma pulsão unificadora, com ênfase no constitucionalismo, no cosmopolitismo e até na futura vinda de um Estado mundial.

Esse quarto capítulo demonstra que essa pulsão unificadora se baseava na soberania nacional e na igualdade soberana dos Estados, como princípios fundamentais da ordem jurídica internacional, o que se apresenta, introdutoriamente.

O quarto capítulo passa a cuidar, então do projeto constitucionalista e das críticas a ele dirigidas, à época. Mostra, a seguir, como esse projeto e seu modelo tornaram-se obsoletos, com a posterior irrelevância da escala nacional, na Economia e, a seguir, no Direito.

Finalizando o capítulo quarto, mostra-se o paradoxo, existente em um Estado mundial, desejado por alguns internacionalistas, que importaria na própria extinção de seu objeto de estudo, porque somente passaria a existir o direito interno. Conclui-se, mostrando o papel do enfraquecimento das instituições político-jurídicas mais importantes da Idade Moderna, no retorno ao *status quo ante*, corporificado em uma nova Idade Média.

O quinto capítulo, por fim, exige uma visão histórica de prazo ainda mais longo, com o fito de demonstrar que as pulsões de fragmentação e de unificação (ou conservação) não são fenômenos recentes no Direito Internacional. Nesse último capítulo, mostram-se os diferentes ciclos de unificação e fragmentação do Direito Internacional, já deixando clara a premissa de que o Direito Internacional não nasce, somente, com os Tratados de Westphalia, bem como, que o Estado é uma instituição sócio-política muito mais antiga que o Estado moderno.

A partir desse ponto de vista mais distante, historicamente, discute-se o papel e o peso da intencionalidade na fragmentação do Direito Internacional, bem como, conclui-se que os ciclos alternados de fragmentação e conservação do Direito Internacional são inerentes à idéia de “*Gestaltung*”, que melhor descreve o objeto de estudo.

## 1. ASPECTOS METODOLÓGICOS

O que a tese pretende provar é que o fenômeno da globalização, ocorrido nos últimos trinta anos – ou melhor, acentuado nesse período -, que fragilizou os Estados Nacionais e esvaziou o Princípio da Soberania – antes tido como o mais importante do Direito Internacional -, tornou desnecessária a constitucionalização do Direito Internacional e a criação de instâncias supranacionais de poder, porque os limites do Estado Nacional já foram superados, pela progressiva internacionalização do capital e era esse o obstáculo que se pretendia originalmente transpor, no pós-guerra, quando a Organização das Nações Unidas, a sua Carta e instituições, foram criados.

Mais ainda, também se pretende provar que a perda do alegado caráter sistemático do Direito Internacional - já que, com a sua fragmentação, deixaria de fornecer respostas similares para problemas fáticos idênticos - em nada o afetaria o seu reconhecimento como um ramo autônomo do Direito, com as suas próprias características e princípios, uma vez que, mesmo em não sendo um sistema, certamente, será uma “*Gestalt*” – ou, no logo prazo, uma “*Gestaltung*”. Sem embargo, como observou Truyol y Serra<sup>10</sup>, a sociedade internacional não é mera justaposição de Estados, uma soma de todos os direitos internos, é algo diverso, o que se relaciona com o próprio conceito de “*Gestalt*”.

Por fim, a tese observará um movimento, uma tendência, de retorno a formas similares às da Idade Média – o que não chega a ser uma afirmação surpreendente, porque, na Contemporaneidade, vários ícones da Modernidade estão sendo questionados e superados, como ocorre com o próprio Estado Moderno. Isso ocorre no Direito Internacional, com o retorno dos valores, da Moral e da Ética ao Direito<sup>11</sup>; com a sua unificação ideológica, não mais, em princípios religiosos, como na República Christiana, mas, nos direitos humanos ou nos direitos fundamentais<sup>12</sup>, que deles derivam. Esse retorno a formas similares às da Idade Média é observada, não apenas no Direito Internacional, como em outros aspectos da vida contemporânea<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Theorie du Droit International Public. Cours Général**, vol. 173. Haia: Recueil des Cours, 1981. p.45.

<sup>11</sup> ROMMEN, Heinrich A. **The Natural Law. A Study in Legal and Social Theory and Philosophy**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.p. 133.

<sup>12</sup> TARSITANO, Bruno da Silva. **O Eterno Retorno da Vontade de Sistema: Os Direitos Humanos na Nova Ordem Global**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. p.22.

<sup>13</sup> MINC, Alain. **Le Nouveau Moyen Âge**. Paris: Gallimard, 1993.p.10/11.

O tema do presente trabalho é a mudança ocorrida no Direito Internacional, após a materialização do conflito entre regimes de tratados internacionais, consubstanciada no Caso “Mox de Sellafield”, no qual, a mesma situação fática – construção de uma usina nuclear – gerou quatro procedimentos judiciais distintos, em quatro órgãos judiciariformes também diferentes<sup>14</sup>, no plano da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (Corte Permanente de Arbitragem da UNCLOS e Tribunal International de Direito do Mar, para medidas provisionais - ITLOS), da Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Norte - ou “do Nordeste do Atlântico” - (mecanismo de solução de controvérsias da OSPAR) e do Tratado da Comunidade Européia de Energia Atômica e do Tratado da Comunidade Européia (Corte Européia de Justiça), em si mesmo.

Da mesma forma, há uma interessante discussão sobre a possibilidade do Tribunal da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar poder julgar, suplementarmente, matérias que não digam respeito somente ao teor da convenção, para o qual foi formado<sup>15</sup>. Sustentava a Irlanda que a referida convenção funcionava mais como uma Constituição, que um mero tratado, que teria um papel coordenador e organizador, ao invés de limitar-se a atuar como um estatuto hermético, de um regime autônomo<sup>16</sup>.

Esses instrumentos normativos, no plano internacional, da forma como postos, levaram a procedimentos judiciais ou judiciariformes distintos, perante órgãos com função materialmente jurisdicional, de cada regime autônomo, sendo que a Corte Européia de Justiça decidiu que a Irlanda não poderia ter se utilizado de outra forma de solução de controvérsia, que não a prevista nos acordos europeus.

O que resta incerto é como lidar com decisões possivelmente contraditórias de órgãos judiciariformes relacionados à existência de regimes autônomos diversos, cada qual, lidando o contexto jurídico que lhe é próprio, não havendo, até o momento, resposta a esse questionamento bastante relevante.

Até porque, a questão ultrapassa os limites da técnica jurídica, já que se afirma que os regimes alegadamente autônomos de tratados internacionais, resultado da especialização do Direito Internacional, estariam a se fechar, em relação ao todo do Direito Internacional,

<sup>14</sup> RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant at Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** Leiden: Nordic Journal of International Law, n. 73, 2004.

<sup>15</sup> VOLBEDA, M.Bruce. **The MOX Plant Case: The Question of ‘Supplemental Jurisdiction’ for International Environment Claims Under UNCLOS.** Austin: Texas International Law Journal, vol 42, p. 211/212.

<sup>16</sup> Ibid. p. 231. Vide também KOH, Tommy T.B. **Remarks at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea: A Constitution for the Oceans.** [www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/koh\\_english.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf). Acesso em 23/06/2012.

competindo entre si, como se não fizessem parte de um sistema - se é que o fazem -, gerando uma tensão entre os diferentes regimes (no caso específico: proteção do meio-ambiente *versus* regulação do uso da energia atômica e os acordos econômicos regionais europeus), sendo o Caso “Mox de Sellafield” o paradigma dessa transformação, a sua pedra angular.

Já há precedentes similares, onde a tensão está relacionada ao conflito entre a regulação do comércio internacional e a proteção do meio-ambiente (Caso do Atum Azul)<sup>17</sup>, o que demonstra tratar-se de uma situação conflituosa passível de repetir-se, cada vez mais.

Em poucas palavras, o tema poderia ser resumido como sendo a fragmentação do Direito Internacional e as mudanças recentes nesse ramo do Direito, no que se refere ao conflito estrutural entre diferentes regimes de tratados.

O presente trabalho não focará no conflito de normas e princípios no Direito Internacional – embora a ambivalência dos princípios gerais de Direito Internacional seja relacionada ao fenômeno da fragmentação<sup>18</sup> -, de forma geral, mas, apenas do aspecto institucional – conflito entre órgãos judicioriformes de diferentes regimes de tratados, como resultado de uma evolução histórica do Direito Internacional, explicando como e porque essa transformação se deu e quais serão as suas possíveis conseqüências -, porque já há suficiente produção acadêmica e algum grau de consenso, naquele campo.

O tema é de importância ímpar, porque o crescimento do número de tratados normativos e a falta de um órgão legislativo geral, para a comunidade internacional, que já era observado, desde o pós-guerra<sup>19</sup>, agravou-se com o incremento das trocas comerciais, abertura de mercados e maior variedade dos temas dos tratados, o que passou a ocorrer, a partir da década de setenta e oitenta.

A questão mais importante não diz mais respeito ao conflito de princípios ou normas, no plano internacional, mas ao próprio conflito estrutural, institucional, porque o primeiro pode ser solucionado através de métodos interpretativos. O segundo é muito mais complexo, porque importa em um verdadeiro conflito de poder entre instituições na esfera internacional.

Diz-se que o extraordinário crescimento do número e da variedade de tratados internacionais, tem proporcionado o surgimento de regimes autônomos especializados, que

<sup>17</sup> KWIATOWSKA, Barbara. *Southern Bluefin Tuna*. Washington: American Journal of International Law, vol. 95, n. 1, janeiro 2001.p. 162/171.

<sup>18</sup> JOUANNET, Emmanuelle. *L’Influence des Principes Généraux Face aux Phénomènes de Fragmentation Du Droit International Contemporain ou L’Ambivalence des Principes Généraux face au Caractere Étrange Et Complexe de L’Ordre Juridique International*. <[http://cerdin.univ-paris1/IMG/pdf/PJ\\_et\\_fragmentation-version\\_CERDIN.pdf](http://cerdin.univ-paris1/IMG/pdf/PJ_et_fragmentation-version_CERDIN.pdf)>. Acesso em 23/06/2012.

<sup>19</sup> JENKS, C. Wilfried. *The Conflicts of Law Making Treaties*. Oxford: British Yearbook of International Law (BYBIL), vol. 30, 1953. p. 403.



não compartilham da orientação da diplomacia multilateral, em favor do Direito Público<sup>20</sup>. Dessa maneira, emergiriam domínios altamente especializados, com estruturas próprias e distintas, com relativa autonomia, como conseqüência da fragmentação da própria sociedade internacional. Tudo isso importaria no surgimento de regras diferenciadas, instituições jurídicas próprias e domínios isolados de prática jurídica, no plano do Direito.

Fica mais fácil visualizar a importância do tema, quando se recorda do impulso recente de campos como o Direito dos Direitos Humanos, o Direito Comercial, o Direito do Meio-Ambiente, o Direito do Mar, o Direito Europeu e tantos outros.

Ora, até que ponto é mais relevante a proteção ao meio-ambiente marinho ou a regulação do uso da energia atômica, ou ainda, a forma como interagem dois países membros de uma dada comunidade regional? Quando ocorre um conflito entre princípios e instituições de cada um desses regimes, qual deve prevalecer? Como deve se dar a solução desses conflitos, mais especificamente, através de qual mecanismo de solução de controvérsias e de qual órgão de prestação jurisdicional? Também existe o questionamento do direito aplicável, tendo em vista a discussão sobre a existência de “competência suplementar”<sup>21</sup>, no caso de tratados-quadro, tidas como verdadeiras constituições.

Esses questionamentos, bastante relevantes e, como demonstra o Caso “Mox de Sellafield”, excepcionalmente atuais, refletem o crescente nível de complexidade das relações internacionais e do próprio Direito Internacional. Como fazer se uma corte regional, apenas para exemplificar, decidir que não se deveria acionar os mecanismos de solução de controvérsias de outros regimes, como o da Convenção Internacional dos Direitos do Mar, excluindo a competência daquele respectivo órgão judiciariforme?

Com efeito, em outubro de 2001, a República da Irlanda iniciou um procedimento judicial, no âmbito da Corte Permanente de Arbitragem do Tratado das Nações Unidas dos Direitos do Mar, conhecido por sua sigla em inglês – UNCLOS -, contra o Reino Unido, alegando violação de obrigações concernentes, em razão da construção de uma usina do tipo “MOX” (“*mixed oxide*”), na usina nuclear de Sellafield, localizada próxima ao Mar da Irlanda.

---

<sup>20</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Rapport du Groupe d'Étude de la Commission du Droit International. Fragmentation du Droit International: Difficultés Découlant de la Diversification et de L'Expansion du Droit International.** Commission du Droit International, 2006. p. 11.

<sup>21</sup> VOLBEDA, M. Bruce. **The MOX Plant Case: The Question of ‘Supplemental Jurisdiction’ for International Environment Claims Under UNCLOS.** op. cit. p. 211/240.

A República da Irlanda também iniciou outro procedimento judicial contra o Reino Unido, em junho de 2001, no âmbito da Convenção para a Proteção do Meio-Ambiente do Nordeste do Atlântico (OSPAR).

Os procedimentos judiciais foram iniciados, apesar do fato de haver sido concedida permissão para a construção da usina, por autoridades do Reino Unido e da Comissão Européia, após estudos de impacto ambiental e análises do tipo custo-benefício.

Também foi solicitado pela República da Irlanda, em novembro de 2001, que medidas provisionais fossem adotadas, sem prejuízo da arbitragem, de modo que o Tribunal Internacional de Direito do Mar (ITLOS) ordenasse ao Reino Unido que suspendesse imediatamente as permissões para o prosseguimento da construção da usina.

O Reino Unido contra-argumentou, afirmando que o referido tribunal não teria atribuições para decidir sobre tais medidas provisionais, porque já havia a arbitragem instalada, no âmbito da Convenção OSPAR, acima mencionada, bem como, porque o procedimento deveria ter sido iniciado perante a Corte Européia de Justiça, de acordo com os tratados que regem as Comunidades Européias, mas essas alegações foram ignoradas pelo tribunal em questão, pelo fato da disputa envolver questões sobre a aplicação e a interpretação do seu tratado (UNCLOS), de modo que teria atribuição para julgá-lo e não haveria a possibilidade de recurso.

É bem verdade que o ITLOS não ordenou a paralisação das operações da usina, mas determinou uma série de medidas provisionais, inclusive, a proibição de transporte marítimo do material radioativo resultante da produção. Porém, a Corte Permanente de Arbitragem da UNCLOS jamais julgou o mérito da questão, apesar de anos de debates, sendo o procedimento suspenso, porque a Comissão Européia iniciou outro procedimento, contra a República da Irlanda e na Corte Européia de Justiça, alegando que ela deveria ter proposto o procedimento naquela corte e não no sistema de solução de controvérsias da UNCLOS.

Em junho de 2008, a Irlanda solicitou que o procedimento judicial, no âmbito da UNCLOS fosse encerrado e aquela corte jamais esclareceu se, sob a égide da Convenção sobre os Direitos do Mar, a usina MOX de Sellafield teria causado algum dano à Irlanda ou se o Reino Unido violou alguma cláusula do acordo internacional.

Em resumo, apesar do tempo consumido e do muito dinheiro gasto, a República da Irlanda acabou sem a sua prestação jurisdicional e restou apenas o procedimento perante a Corte Européia de Justiça, que lhe foi desfavorável, sem entrar no mérito, igualmente<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> GROVES, Steven. **Accession to U.N. Convention on the Law of the Sea Would Expose the U.S. to Baseless Climate Change Lawsuits**. Washington: Backgrounder, n. 2660, março/2012, p. 9/11. O autor, na sua

Fica a sensação de que a enorme proliferação de tratados e mecanismos de solução de controvérsias, além da especialização dos ramos do Direito Internacional tende a produzir situações de incerteza e de desperdício de tempo e dinheiro, sem que se obtenha qualquer resultado útil, sem prejuízo da impressão de que alguns direitos são mais “direitos” que outros, ou, pior ainda, que uma ordem jurídica regional possa ser hierarquicamente superior ao Direito Internacional geral.

O fato é que ainda há muito que se discutir sobre o tema, inexistindo, até o momento, alguma solução factível, especialmente, no que toca ao conflito estrutural ou institucional. Especialmente, porque a evolução histórica do Direito Internacional mostra que esse conflito pode ser até desejado, como se demonstrará.

O problema de pesquisa, como decorrência do raciocínio exposto anteriormente, é: uma vez que o projeto do constitucionalismo, no Direito Internacional, está sendo abandonado, em razão do enfraquecimento do Estado nacional e da superação do Princípio da Soberania, **“o conflito institucional de atribuições, entre diferentes órgãos judiciariformes, de diferentes regimes de tratados, é um problema a ser solucionado, é um resultado desejado ou é um mero produto da sucessão de eventos históricos?”**

No direito interno, a questão da competência dos órgãos jurisdicionais encontra solução fácil, porque o poder de julgar é atributo do poder soberano, que hoje se encontra disciplinado em uma Constituição, também havendo previsão da solução dos conflitos residuais por órgão jurisdicional competente. A questão transcendente “*kompetenz-kompetenz*”, no âmbito dos Estados nacionais, é solucionável.

Porém, no campo internacional, não há uma Constituição, que regule os aspectos mínimos da vida política, porque não há um ente supranacional. O que existe, de bastante similar, é a Carta da Nações Unidas, fruto da reunião da vontade dos diferentes Estados, a qual, não se ocupa da competência de órgãos judiciariformes, que escapam a esse regime, seja por sua especialização, seja por referir-se a uma dada área geográfica, seja por possuir funções diferentes das quais se dedica a organização.

Até houve, no pós-guerra, uma tentativa de criação de um aparato bastante similar a um supra-Estado, com uma constituição mundial<sup>23</sup>, prevendo os direitos mínimos – em especial, os Direitos Humanos – e todo o aparato burocrático das agências internacionais,

---

interessante argumentação contrária à entrada dos Estados Unidos da América na Convenção sobre os Direitos do Mar, faz o mais completo resumo do Caso Mox de Sellafield encontrado na doutrina. A conclusão é a desmoralização do sistema de solução de controvérsias de uma das convenções das Nações Unidas.

<sup>23</sup> Na realidade, o projeto é mesmo anterior, da época da Liga das Nações, vide LAUTERPACHT, Hersch. **The Covenant as the Higher Law**. International Law. Being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht. vol. 4. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.p. 326/336.

mas, de início, as dificuldades políticas trazidas pela bipolaridade e, posteriormente, a superação das barreiras ao capital, pela sua internacionalização, tornaram esse projeto de Estado Mundial totalmente obsoleto <sup>24</sup>, enfraquecendo-se as suas instituições e o próprio todo do Direito Internacional, que enfrenta questionamentos sobre sua eficácia e utilidade <sup>25</sup>.

Paralelamente, princípios antes tidos como altamente relevantes, como o Princípio da Soberania (auge antes da Segunda Guerra Mundial) e, posteriormente, os direitos humanos (apogeu no Pós-Guerra) e a proteção do meio-ambiente (no seu ápice, a partir dos anos setenta), começam a ser sobrepujados por outros, relacionados ao comércio internacional, aos investimentos e às finanças, em especial, em julgamentos perante órgãos judiciariformes de regimes altamente especializados, seja em razão de localização geográfica (função da regionalização), função ou matéria.

Por que haveria o capital internacionalizado de sujeitar-se à regulação, aos limites impostos pelos direitos humanos ou pela proteção do meio-ambiente, ou ainda, a estruturas burocráticas internacionais, controladas por governos? O exercício do “*opting-out*” e da busca por soluções alternativas de soluções de controvérsias, ou ainda, a escolha de mecanismos de solução de controvérsias, relacionados a regimes de tratados, que melhor sirvam aos seus interesses específicos, é um caminho natural, portanto.

Prosseguindo, nesse mesmo diapasão, observando as pulsões de fragmentação e de unificação do Direito Internacional, em um horizonte mais longo, bem como, a grande mudança de paradigma ocorrida na Contemporaneidade, na qual, aquelas instituições primordiais da Modernidade estão sendo questionadas e superadas, uma após a outra, é de se perguntar se a fragmentação do Direito Internacional, com a criação de nichos especializados e a própria desnacionalização e desestatização do Direito, não seria uma movimento natural e inexorável da História, desafiando qualquer tentativa de solucionar o problema da quebra de um alegado sistema, já referida.

Exatamente, em razão dessa característica do Direito Internacional, pensa-se que, se o problema realmente existisse, a solução passaria, necessariamente, pela via institucional, ou seja, da mesma forma que o risco de conflito foi criado pelo fulgurante crescimento dos tratados internacionais, tanto em termos quantitativos, quanto qualitativos, a união da vontade dos Estados soberanos teria de resultar em normas que previssessem a auto-contenção dos órgãos

---

<sup>24</sup> SHAW, Malcolm Nathan. **Theory of the Global State: Globality as an Unfinished Revolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 263/265.

<sup>25</sup> Esses questionamentos não são novos, já no período da Segunda Guerra Mundial, o realista Morgenthau criticava a visão unitarista, vide MORGENTHAU, Hans. **Positivism, Functionalism and International Law**. Washington: American Journal of International Law, n. 31, 1940.p. 261.

judiciariformes aos estritos limites do regime ao qual pertencem, estabelecendo-se, do mesmo modo, um novo mecanismo de solução de controvérsias, quando a solução de um caso específico, por um órgão julgador de um dado regime de tratados, produzir efeitos em outro caso, julgado por outro órgão, de outro regime de tratados.

A saída que pareceria mais factível seria a da formação de uma comissão paritária, onde peritos dos regimes em questão decidiriam a questão, harmonizando o potencial conflito de normas e princípios, decorrente do grau de complexidade e especialização atingido pelo Direito Internacional, atentando para a melhor solução possível a ambos, ao invés de se comportar, cada órgão julgador, como se fizesse parte de um sistema fechado e auto-referenciado, que se basta por si mesmo.

Essa solução ao pretense problema – sem prejuízo das soluções propostas no nível puramente processual - parte da premissa lógica de que o Direito é um sistema, o mesmo valendo para o Direito Internacional. Um sistema aberto e sujeito às influências do meio em que se encontra, ao qual se adapta e direciona as suas respostas. Segundo esse raciocínio, o que valeria para o Direito Internacional como um todo, teria de valer para os subsistemas, que seriam os diferentes regimes de tratados, anteriormente apontados. Também se fulcra na premissa de que a progressiva autonomização dos alegados subsistemas do sistema “Direito Internacional” levaria a distorções – entropias -, que seriam traduzidas em respostas conflitantes, seja relativamente à tensão *jus cogens* e regimes especializados, seja no que se refere à antinomia entre os próprios regimes em tela.

Mais ainda, que tais antinomias levam ao sério risco de perda do afirmado caráter sistemático do Direito Internacional, em razão do enfraquecimento de sua coerência interna – portanto, de seu equilíbrio interno, sua homeostase.

Porém, a hipótese de trabalho é de que se trata de uma ingenuidade ficar a imaginar soluções para essa dita quebra de sistematização do Direito Internacional, que a doutrina chama de “fragmentação” do Direito Internacional, porque essa fragmentação, longe de ser uma conseqüência inocente do processo de crescimento do Direito Internacional, constituiria um resultado desejado pelo poder econômico e político, porque todo aquele aparato montado no pós-guerra, que resultou na criação da Organização das Nações Unidas, da Carta da ONU – vista como uma espécie de Constituição para a comunidade internacional<sup>26</sup> -, da Declaração dos Direitos do Homem e todas as suas instituições, inclusive judiciariformes, bem como,

---

<sup>26</sup> FASSBENDER, B. **The United Nations Charter as a Constitution of the International Community**. Nova Iorque: Columbia Journal of Transnational Law, n. 36, 1998. Também DUPUY, Pierre-Marie. **The Constitutional Dimension of the UN Charter Revisited**. Leiden: Max Planck Yearbook United Nations International Law. n.1, 1997.

todo aquele sistema jurídico internacional, cuja teleologia era a paz mundial, teria se revelado obsoleto, não mais servindo aos interesses de quem o instituiu realmente.

A hipótese é de que a evolução da história do Direito Internacional - de superação do projeto constitucionalista do pós-guerra, cuja pedra angular é o Caso “Mox de Sellafield” -, como conseqüência do processo de globalização, caminharia para a sua feudalização, com a formação de ilhas auto-suficientes, auto-referenciadas, porque o que se objetivava com o projeto constitucionalista, já foi atingido, antes, pelo desbordamento das fronteiras nacionais e vulneração da soberania dos Estados, sendo agora, muito mais interessante para a lógica do grande capital internacional, que não existam estruturas supranacionais, nem Estado Mundial – cuja implantação enfrentou resistências -, nem uma legalização ou constitucionalização no nível internacional <sup>27</sup>.

Trabalha-se com a idéia de que regimes de tratados autônomos e seus mecanismos de solução de controvérsia, em competição, oferecendo possibilidades de escolha, em cada caso concreto, sem falar em meios alternativos de solução de controvérsia, que não através dos tribunais nacionais ou internacionais, sejam muitos atrativos a esse capital e para os Estados mais poderosos<sup>28</sup>, o que torna um exercício acadêmico inútil e pueril, a tentativa de solução para o risco criado pelo caso em exame.

Também se considera, na hipótese, que há uma tendência histórica à fragmentação, que se alterna, com uma pulsão de unificação, periodicamente. Com a superação do paradigma moderno, observa-se o surgimento de formas mais descentralizadas, desnacionalizadas e desestatizadas, bastante similares a formas existentes, antes da Idade Moderna. Esse movimento histórico, portanto, desafia a crença no poder da intencionalidade, nas transformações mais recentes do Direito Internacional.

Por fim, muito se indaga se o reconhecimento da quebra do sistema de Direito Internacional implicaria a sua negação como um ramo jurídico autônomo, o que significaria dizer, a negação de sua existência. Ora, a tese parte da hipótese que o Direito Internacional não seria, em realidade, um sistema jurídico, mas uma “*Gestalt*” ou “*Gestaltung*”, pela sua própria natureza descentralizada – o que não significa dizer seja primitivo, mas diverso dos vários ramos do direito interno -, o que já é suficiente para que seja reconhecido como

<sup>27</sup> CUTLER, C. **Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law and the Global Political Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Também LIPSCHULTZ, R.; VOGEL, C. Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation. HALL, R.B.; BIERSTECKER, T.J.(Orgs.). **The Emergence of Private Authority in Public Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 115/139.

<sup>28</sup> BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. **The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law**. Tel Aviv: Tel Aviv University Law Faculty Papers, 2007, paper 41. <http://law.bepress.com/taulwps/fp/art41>. Acesso em 20/06/2012. p. 38.

existente, como um ramo autônomo do Direito, porque o Direito Internacional, em si mesmo, é um todo diferente da mera soma de suas partes componentes. Para que um ramo jurídico exista, podendo ser diferenciado dos demais, basta que perfaça uma “*Gestalt*” ou “*Gestaltung*”.

Para tanto, faz-se necessário esclarecer, ainda que em um nível de relevância menor, se o Direito Internacional é mesmo um sistema – o que, levando-se em conta o entendimento de Hart<sup>29</sup>, em sentido contrário, não é óbvio. De fato, o Direito Internacional é, *ab initio* e, por sua própria natureza, “fragmentado”.

Afigura-se necessário verificar, até mesmo, em decorrência da natureza já fragmentada, de nascença, do Direito Internacional, se os fenômenos recentes põem mesmo em risco a sua integridade ou se são, apenas, mais uma manifestação de seu pluralismo, o que seria saudável, segundo algumas correntes.

Para tanto, será necessário entender como surgiu o fenômeno da recente fragmentação do Direito Internacional, em função do crescimento vertiginoso da produção legislativa internacional e da crescente especialização do seu direito material. Há estudos que indicam uma evolução cíclica desse fenômeno, com ondas de centralização e descentralização<sup>30</sup>. Outras visões indicam uma evolução mais linear, observando o período que se estende do pós-guerra até a emergência da globalização<sup>31</sup>.

Também será necessário responder se essa crescente especialização estaria relacionada com uma alegada tendência, observada nas estruturas sociais, de diferenciação funcional e autonomização de suas partes componentes, em condições de crescimento. Nesse caso, a fragmentação seria um caminho natural e inevitável? Não se sabe, nem mesmo, se um eventual conflito de atribuições entre diferentes órgãos julgadores, de diferentes regimes de tratados, é mesmo um problema, que necessite ser solucionado.

De igual modo, faz-se necessário saber se o permanente conflito de princípios e normas, no interior desse hipotético sistema de Direito Internacional, produziu alterações na forma como esses mesmos princípios e normas são percebidos nos dias atuais – caso seja aceita a visão de Direito Internacional como um sistema. Caso positivo, que influências seriam essas, a produzir esse risco de distorções sugerido, no período mais recente? Quais

<sup>29</sup> HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 229/231.

<sup>30</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte. **La Fragmentation Du Droit International: Um Renouveau Repete da La Pensée?** <http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Martineau009.pdf>. p. 4/14. A doutrinadora divide a História do Direito Internacional em seis ciclos, desde 1870 até os dias atuais: o período de confiança (1870/1914), o período de confusão (1914/1925), o período de consolidação (1925/1939), outro período de confusão (1939/1969), outro período de confiança (1969/1989) e os dias atuais, de dúvida (1989 em diante).

<sup>31</sup> HAFNER, Gerhard. **Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law**. Ann Arbor: Michigan Journal of International Law, vol. 25, n.4, 2003/2004. p. 849/862.

forças internas ou externas teriam levado a esse estado de risco de incoerência de respostas do suposto sistema jurídico internacional?

Essas são apenas mais algumas perguntas de pesquisa, etapas necessárias para se atingir o objetivo final de esclarecer, se há e qual seria a possível solução para o risco de conflito estrutural entre órgãos judiciariformes, no Direito Internacional, bem como, se essa solução é desejada pelos detentores do poder econômico e político no mundo ou se a fragmentação é, em si mesma, uma solução para o capital internacionalizado escapar a qualquer tentativa de regulamentação<sup>32</sup>, bem como, para saber se essa fragmentação não decorreria do próprio passo da História. Para compreender a dinâmica do trabalho, quanto a tal aspecto, será necessário recorrer à estruturação proposta e apresentada mais a frente.

De qualquer modo, é impossível escapar a uma constatação bastante irônica, de que a Contemporaneidade reage aos paradigmas da Modernidade, refugiando-se em idéias que parecem vir da Idade Média<sup>33</sup>. Nada mais atual e nada novo sob o sol.

De forma bastante direta, eis as demais perguntas de pesquisa, que também necessitam ser respondidas, para se chegar ao objetivo final: o Direito Internacional é mesmo um sistema? O Direito Internacional é, por sua própria natureza, fragmentário? O conflito institucional de órgãos judiciariformes, de diferentes regimes de tratados, é um risco à integridade do Direito Internacional ou é manifestação de seu pluralismo? Haveria ciclos de unificação e fragmentação no Direito Internacional? Teria o final da Segunda Guerra Mundial iniciado um ciclo de unificação do Direito Internacional, seguido por um ciclo de fragmentação, após o desencadeamento do fenômeno da globalização, nos últimos trinta anos? Haveria no Direito Internacional uma tendência à diferenciação funcional? Quem lucra com o conflito institucional descrito? Como lucra? Há intencionalidade nesse conflito descrito e na fragmentação do Direito Internacional? Há alguma similaridade entre as formas da fragmentação e aquelas existentes na Idade Média? Tais similaridades ocorreriam em outras áreas, além do Direito Internacional, no presente momento? Em não sendo um sistema, o Direito Internacional existe, realmente, como um ramo autônomo do Direito?

O tema foi selecionado e delimitado, da forma como se apresenta, porque constitui uma questão central, no atual Direito Internacional. Procurou-se apresentar algum teor de

---

<sup>32</sup> LEEBRON, David W. **Linkages**. Washington: American Journal of International Law, n. 96, 2002.

<sup>33</sup> Impossível não verificar que a “feudalização” do Direito Internacional, ou seja, a sua compartimentação em ilhas autônomas, também vem acompanhada de eventos como o retorno dos valores, em detrimento das normas; da razão teológica, no questionamento da razão científica, que traz no seu bojo, também o “choque de civilizações” e a lembrança das Cruzadas; e tantos outros fenômenos que a mente liga, instantaneamente, à Idade Média. Seria o “eterno retorno”?



inovação, sendo, da mesma forma, importante que essas discussões sejam úteis, relevantes, não meras bizantinices acadêmicas.

Por isso, por exemplo, não se enveredou, com profundidade, nas sendas dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, mencionando-se apenas o seu papel - e as dificuldades dele decorrentes - como elemento supostamente agregador, anti-fragmentação, desse novo Direito Internacional. Essas são pedras já muito caminhadas. Da mesma forma, não se enfocou o tema da fragmentação, sob o ponto de vista exclusivo da regionalização ou integração regional, muito já se escreveu sobre isso, apesar de existir evidente tensão entre regulação regional e Direito Internacional geral, inclusive, no caso trazido a lume.

Objetivou-se uma tese com profundidade teórica e com inovação, porque o problema levantado não foi enfrentado ainda, por nenhum estudioso do assunto, conforme levantamento feito, a esse respeito. A própria Corte Européia de Justiça fugiu do mérito da discussão, trazido pela Irlanda - a respeito dos riscos da alocação da usina nuclear, tão próxima ao bioma do Mar da Irlanda, o que, obviamente diz respeito à Convenção das Nações Unidas para os Direitos do Mar e ao Tratado Internacional de Proteção ao Meio-Ambiente do Nordeste do Atlântico -, de modo que, a questão teria de ser resolvida segundo os seus próprios meios de solução de controvérsias, não se utilizando dos disponíveis nos outros regimes de tratados referidos, mesmo levando-se em conta que o Reino Unido e a Irlanda também são signatários da Convenção das Nações Unidas para os Direitos do Mar, por exemplo. Portou-se o sistema europeu, como se apenas ele existisse, nenhum outro.

Outro ponto importante a se destacar é que o estudo adentra as ciências afins, porque é impossível pretender que o conhecimento de uma realidade complexa seja obtido, apenas com o estudo do fenômeno jurídico, por si só. Faz-se necessário recorrer à Sociologia, à Filosofia do Direito, à Filosofia da História, à História, à Economia e a outros ramos do conhecimento, para uma melhor compreensão, em especial, dos conceitos de sistema e “*Gestalt*”, que são centrais ao trabalho. Sem o conhecimento desses conceitos, que importância teria o risco da incoerência de respostas do Direito Internacional, para um mesmo problema dado, uma idêntica situação fática? Porém, isso não retira da presente tese a característica de ser, essencialmente, uma tese jurídica.

Em suma, não é possível entender a origem de um fenômeno tão complexo, olhando apenas para o Direito - como o Galo Chanteclair, de Rostand, que acreditava que o sol nascia, apenas porque ele cantava.

O objetivo geral da tese é o de demonstrar que até seria possível e desejável solucionar o risco de conflitos estruturais entre órgãos julgadores de diferentes regimes de tratados, a fim

de evitar as suas sérias conseqüências, mas que não se chegou a esse estado de coisas pelo mero crescimento natural do Direito Internacional, de modo que qualquer tentativa de solução encontra um óbice político-institucional. É bem verdade que o fracasso do Direito Internacional é também o fracasso da busca da paz mundial e de outros tantos valores, de conteúdo moral inegável. A crise da falta de coerência, nas respostas oferecidas pelo Direito Internacional, às demandas da sociedade internacional, é um sério risco institucional.

Porém, a evolução histórica do Direito Internacional, do pós-guerra até os dias atuais, tem demonstrado que o projeto constitucionalista tem sido progressivamente abandonado, principalmente, em face dos efeitos do processo de globalização, que promoveram a superação das fronteiras dos Estados nacionais e do dogma da soberania nacional, em benefício do capital, que se internacionalizou, radicalmente.

Assim, a tendência unificadora do Direito Internacional, em plena força, durante os trinta anos dourados, que se seguiram ao pós-guerra, em que pese a bipolaridade, reverteu-se, tendo agora, o Direito Internacional se encaminhado para uma “feudalização”, que se expressa, por exemplo, na formação de regimes autonomizados de tratados, cada vez mais especializados, o que beneficia o capital internacionalizado, não sendo mais necessário pensar-se em uma criatura supranacional – supra-estrutural (onde entra o Direito Internacional e os direitos humanos padronizados e “*prêt-a-porter*”), estrutural (excessivamente burocratizada) e infra-estrutural (de resto, bastante cara) -, apenas para sobrepujar os entraves criados pela existência de Estados nacionais fortes e soberanos. Há quem defenda que essa proliferação de regimes autônomos seja a melhor forma do Direito Internacional fazer face ao fenômeno da globalização<sup>34</sup>, portanto, uma resposta do alegado sistema ao meio.

A tese também pretende provar que interessa, muito mais, ao capital já internacionalizado, que os diferentes regimes autonomizados de tratados<sup>35</sup> e seus mecanismos de solução de controvérsia entrem em franca competição, ao estilo darwiniano, porque isso oferece a possibilidade de maior escolha, de acordo com cada caso concreto, além de possibilitar que determinados temas e princípios que lhes interessem mais (comércio internacional, investimentos, finanças, eventualmente, blocos regionais) possam prevalecer, inclusive em decisões materialmente jurisdicionais, de acordo com o mecanismo de solução

<sup>34</sup> BOGDANDY, Armin von; DELLAVALLE, Sergio. **Universalism and Particularism as Paradigms of International Law**. Nova Iorque: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. IILJ Working Paper 2008/3, 2008. p. 13. Os doutrinadores citam TIETJE, C. **Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes**. Neuwied: Deutsches Verwaltungsblatt, vol. 118, n. 17, 2003.p.1081 e 1087.

<sup>35</sup> LINDROOS, Anja; MEHLING, M. **Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes International Law and the WTO**. Fiesole:European Journal of International Law, n. 16, 2005; SIMMA, Bruno; PULKOVSKI, D. **Of Planets and the Universe: Self-Contained and International Law**.Fiesole:European Journal of International Law, n. 17, 2006.

de controvérsias procurado. Além disso, os meios alternativos passam a ganhar força, superando os tribunais nacionais e internacionais, de feitio mais tradicional, mingando idéias como a de transformação da Corte Internacional de Justiça no “Tribunal Constitucional da Humanidade”<sup>36</sup>.

Além disso, é um objetivo do trabalho provar a existência de um contínuo ciclo de unificação e fragmentação, no Direito Internacional, de modo que, fugiria a qualquer intencionalidade a atual configuração estrutural dos regimes de tratados e a resultante fragmentação experimentada no nível do Direito.

Os objetivos específicos da tese, por sua vez, incluem a tentativa de verificar se o Direito Internacional seria, como alegado, um sistema aberto, evolutivo, adaptativo, que tem sido modificado pelas influências do meio-ambiente – como se vê da mudança observada em obras jurídicas, de diferentes períodos, sobre quais seriam os princípios basilares desse ramo, apenas para ilustrar a afirmação -, bem como, se a quebra do alegado caráter sistemático, por essa incoerência de respostas, seria um problema em si<sup>37</sup>. Na hipótese de não se observar esse caráter sistemático, objetiva o trabalho verificar se, ao menos, esse ramo autônomo do Direito poderia ser uma “*Gestalt*” ou “*Gestaltung*”.

Também se espera provar que as mudanças mais recentes nesse organismo evolutivo, que é o Direito Internacional, estariam relacionadas ao impressionante crescimento da atividade legiferante internacional, tanto no que se refere ao aumento do número de tratados bilaterais e multilaterais, como ao aumento da variedade de temas dos quais tratam, sem falar no incremento positivo das estruturas dos organismos internacionais – criação de novos tribunais e mecanismos de soluções de controvérsias em termos gerais, estruturas executivas, organizações regionais tendentes a tornarem-se federações de estados e tudo mais que caracteriza esses últimos trinta anos. Da mesma forma, tem-se a intenção de evidenciar que esse protagonismo da esfera internacional também está relacionado ao fracasso do Estado Moderno e do totem da soberania, outrora, apontado por tantos doutrinadores como o mais importante princípio de Direito Internacional. Mas, também é intenção do trabalho provar que o crescimento, por si só, não é a razão da especialização e da autonomização dos regimes de tratados.

---

<sup>36</sup> VICUNHA, Francisco Orrego. **International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitucionalization, Accessibility, Privatization**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>37</sup> JOUANNET, Emmanuelle. **Le Juge International face aux Problèmes d’Incohérence et d’Instabilité du Droit International. Quelque Réflexion à Propos de L’Arrêt CIJ Du 6.11.2003**. Paris: Revue Générale de Droit International Public, n. 4, 2004. p. 917/948.

Por outro lado, é outro objetivo da tese tentar demonstrar que as estruturas sociais tendem à atomização e à especialização, na medida em que crescem, mas que isso não deveria implicar, necessariamente, em anomia, em entropia, na ausência de parâmetros, que possibilitassem um crescimento ordenado da estrutura, de modo a permitir que o Direito Internacional prosseguisse funcionando como um sistema, fornecendo respostas coerentes. O caminho natural das organizações, quando crescem, não é, necessariamente, o caos, pode ser o cosmo. E isso poderia ser obtido, sem que se fizesse necessário um ente supranacional, um Estado Mundial – conceito, por si só, já bastante esmaecido, como explicado -, se realmente houvesse interesse.

A tese tem como matriz teórica três grandes vertentes: uma, que é mais centrada na discussão propriamente jurídica, que trata do tema da fragmentação do Direito Internacional; seja para criticá-la e afirmar que tal fenômeno sempre existiu e caracteriza o Direito Internacional; ou para criticar e afirmar que essa fragmentação deve ser entendida como manifestação saudável de pluralismo, que também seria uma característica do Direito Internacional; mas também de doutrinadores que consideram essa fragmentação existente e um risco relevante.

Também há fontes jurídicas que discutem o conflito de princípios no Direito e no Direito Internacional, alguns focando o estudo na evolução histórica desse conflito. Há, também, um conjunto de obras que se situa na fronteira entre o Direito, a Sociologia do Direito e da Filosofia do Direito, que trata dos sistemas, sistemas jurídicos e de suas propriedades.

O fato é que, para estudar a questão central do trabalho, há a necessidade de um aprofundamento teórico em Teoria dos Sistemas, da Teoria da “*Gestalt*” e em alguns aspectos da Sociologia Jurídica, sem o qual, não será possível contextualizar a situação descrita.

A adoção da Teoria dos Sistemas como referencial teórico não se dá por qualquer outra razão, que o fato das discussões sobre a fragmentação do Direito Internacional, frequentemente, adotarem uma linguagem desse campo. Não necessariamente, com rigor técnico-científico, como a tese pretende demonstrar. Assim, reconhece-se na Teoria dos Sistemas uma excelente valia como ferramenta comunicativa, útil para explicação de fenômenos complexos, como os estudados.

O caso da Teoria da “*Gestalt*” é um pouco diverso, porque a tese, efetivamente, utiliza o seu conteúdo, para a compreensão de realidades culturais, em especial, as jurídicas, especialmente, em função da inaplicabilidade do conceito de sistema ou ordem ao Direito Internacional, pelas razões que serão sustentadas no Capítulo 4. Os conceitos dessa teoria

também são úteis para perceber a existência de um dado objeto, em diferentes circunstâncias históricas, através da noção de "*Gestaltung*", que é uma configuração dinâmica.

Mais importante ainda, é o recurso à História - seja à História do Direito Internacional, à História Econômica ou à História Geral, ou ainda, à Filosofia da História-, porque é ela que permite que o objeto seja visto em perspectiva. Sem tal percepção, em trezentos e sessenta graus do objeto do estudo, que a História propicia, a complexidade do fenômeno descrito passaria despercebida. Mesmo em se reconhecendo todas as dificuldades metodológicas existentes, na realização de uma pesquisa histórica<sup>38</sup>, no Direito.

Dentre os referenciais teóricos mais importâncias da presente tese, que pode ser caracterizada como eclética, há o Materialismo, não necessariamente marxista ou hegeliano, porque se parte da premissa que a economia impõe determinados condicionamentos à superestrutura, inclusive ao Direito, conformando-o. Não se pode afirmar a existência de uma relação de causa e efeito, mas, no mínimo, uma correção muito forte entre mudança econômica e jurídica.

Essa premissa é importante, quando se verifica a correlação existente entre a mudança do padrão de acumulação fordista para o flexível, em relação à grande mudança ocorrida no Direito Internacional, entre trinta e quarenta anos atrás, com relação a todos os seus elementos (sujeitos, forma, conteúdo,...), mesmo período em que se torna forte a mais recente pulsão fragmentadora.

O reconhecimento dessa correlação entre mudança estrutural e mudança superestrutural não implica automática aceitação de uma Filosofia da História materialista. Essa ressalva é importante, porque, no último capítulo tornou-se mister recorrer à Filosofia da História, para tentar compreender, em um grau de abstração mais elevado, os ciclos de fragmentação e unificação no Direito Internacional.

Para tanto, a tese não se calcou em Filosofias da História evolutivas ou progressistas, como é o caso da kantiana ou da marxista, sendo a primeira uma verdadeira referência para os internacionalistas. Assim ocorreu, porque os capítulos anteriores, que analisaram as mais recentes pulsões de fragmentação e de unificação, respectivamente, evidenciaram que o caminho até a Paz Perpétua não segue o traçado otimista, desenhado por Kant. Isso é demonstrado, exatamente, pela falência do projeto constitucionalista, em todas as suas facetas, bem como, aquele de Estado Mundial, com a criação de instâncias supranacionais. Também

---

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Luciano. Não Fale do Código de Hamurabi! A Pesquisa Sócio-Jurídica na Pós-Graduação em Direito. OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e Outros Ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.p.1/26.

não se recorreu à Filosofia da História marxista - que seria um contexto teórico até mais adequado para a premissa materialista acima descrita -, eis que, à sua maneira, prevê um caminho pretensamente evolutivo, até a superação do capitalismo, algo que também revelou-se, minimamente duvidoso, especialmente após a Queda do Muro de Berlim.

Por esse motivo, o último capítulo, fugindo à tradição do Direito Internacional, a tese se inspira em dois tipos de Filosofias da História bem distintas. Uma delas, a de Schmitt, uma Filosofia da História Cristã, que supõe a irrepetibilidade dos fatos históricos - muito embora, a tese tenha apontado em vários de seus aspectos um caráter cíclico, como se verá -, em contraposição a Filosofias da História pagãs, como a de Spengler e Eliade, que admitem a ideia de ciclos históricos, inclusive os culturais. Através do recurso a todas elas, mostra-se possível compreender, por exemplo, a posição de Martineau, sobre os ciclos de fragmentação e de unificação, nos discursos sobre o Direito Internacional. Por isso, são essenciais à tese.

Evidentemente, a tentativa de demonstração da existência desses ciclos históricos, no longo prazo, não é feita através da menção às referidas Filosofias da História, mas pela análise de tratados internacionais e manifestações da doutrina, em cada época. Só assim, do ponto de vista metodológico, é possível afirmar haver algum sentido na afirmação de existência de ciclos históricos mais longos, do que os iniciados no período entre-guerras, no Direito Internacional, de alternância das forças históricas de unificação e fragmentação, sendo essa evidência útil para responder a uma das perguntas centrais da tese, sobre o peso da intencionalidade, na atual fragmentação do Direito Internacional.

Porém, não tem este trabalho a pretensão de exaurir o tema, fechando questão sobre quais ciclos seriam esses, sobre sua duração ou as causas de surgimento, fortalecimento, enfraquecimento e cessação desses ciclos. Seria necessário escrever uma outra tese sobre o assunto e muito mais conhecimento técnico-científico, além de pesquisa muito mais extensa e qualificada, para tanto. Ao invés disso, toma como aceitável a explicação schmittiana sobre as diversas fases de domínio das diferentes forças históricas - do Behemoth<sup>39</sup>, as soberanias continentais europeias e o seu *jus publicum europeum*, contra o Leviatã, dos "privateers" e corsários, adeptos da liberdade dos mares e do comércio -, cuja análise inicia-se com os Grandes Descobrimentos e a Reforma Protestante. Até porque, os dados históricos, que servem de base para o seu raciocínio, são essencialmente corretos.

Nesse sentido, a tese, em seu último capítulo adota um viés schmittiano, para explicar a sequência de fases de fragmentação e de unificação do Direito Internacional, dela

---

<sup>39</sup> Note-se que Schmitt não utiliza o termo, exatamente, no mesmo sentido de Hobbes, que é o de guerra civil, mas, para denominar as soberanias continentais europeias.

divergindo, apenas, por entender existente um caráter cíclico no fenômeno, influenciada pelos referenciais fulcrados na Teoria dos Ciclos Culturais.

Ao contrário do que se poderia pensar, não há um conflito necessário, em se atribuir forte correlação entre a mudança recente do Direito Internacional e a mudança econômica, iniciada um pouco antes, relativamente a uma visão de História linear schmittiana ou cíclica. Diz-se isso, porque a primeira premissa pressupõe um materialismo, que se oporia ao forte idealismo de Schmitt, por exemplo.

No entanto, é de se notar que o próprio Schmitt estabelece uma relação entre a mudança tecnológica e a forma de regular os espaços, de modo que, a cada mudança tecnológica, muda a forma como os espaços são vistos e, por conseguinte, regulados.

Ora, a tecnologia nada mais é que um fator de produção, que também pode ser chamado de "capital tecnológico". A mudança tecnológica é uma mudança econômica. Assim, o próprio Schmitt também estabelece uma forte correlação entre a mudança econômica e a jurídica. Por isso, afirma-se inexistir qualquer incompatibilidade teórica entre uma visão que reconheça uma forte correlação entre a mudança econômica e a cultural - como a tese faz no Capítulo 3 - e a adoção de uma Filosofia da História do tipo linear schmittiano ou cíclica - como a tese faz no Capítulo 5 -, ainda que, eventualmente, elaborada por filósofos classificados como idealistas.

Convém aqui detalhar as posições de Eliade, Spengler e Toynbee, acerca dos ciclos culturais, já que elas constituem mais uma premissa do trabalho, do que um desenvolvimento do raciocínio, na tentativa de demonstrar algo.

Um referencial teórico bastante mais útil, para a presente tese e o que se pretende estudar, é Eliade<sup>40</sup>. Apesar de centrar-se nos conceitos fundamentais das sociedades arcaicas, nos quais, observa-se uma constante, que é o desprezo pelo tempo histórico e a sua nostalgia, por uma volta periódica aos tempos míticos, afirma o filósofo que o subtítulo do seu trabalho poderia, muito bem, ser "Introdução a uma Filosofia da História"<sup>41</sup>.

Eliade assinala, logo de início, uma distinção crucial entre o homem das sociedades tradicionais e aquele das sociedades judaico-cristãs, que é o fato do primeiro sentir-se "indissoluvelmente vinculado" ao Cosmo e aos ritmos cósmicos, enquanto o segundo se vincula somente à História<sup>42</sup>. Ora, nas sociedades arcaicas, a "história" do Cosmo é uma história sagrada, preservada pelos mitos e repetida de maneira infinita, porque os mitos

---

<sup>40</sup> ELIADE, Mircea. **Mito do Eterno Retorno. Cosmo e História**. São Paulo: Mercuryo, 1992.p. 1/170.

<sup>41</sup> Ibid. p. 5.

<sup>42</sup> Ibid. p. 8.

servem de modelo para as cerimônias de reatualização periódica dos eventos do início dos tempos<sup>43</sup>.

Logo de início, Eliade destaca um ponto bastante interessante e que se entende ligado à discussão sobre a eventual existência de uma história cíclica no Direito Internacional. Afirma que, nas sociedades arcaicas, em termos gerais, aliás, citando numerosos exemplos, existem os arquétipos celestiais de territórios, templos e cidades<sup>44</sup>, no modelo "tanto na terra, como no céu". Segundo essa crença primitiva, cada fenômeno terrestre corresponderia a um termo celestial, transcendente e invisível, um arquétipo, um molde, um modelo. Dessa forma, cada novo território ocupado deveria, antes, passar por um processo de cosmicização, ou seja, passar do caos ao cosmo, repetindo o ato divino de criação.<sup>45</sup>

Esse arquétipo parece ter permanecido como existente, nos dias de hoje, ainda que de forma subliminar, ao menos na doutrina tradicional de Direito Internacional. De fato, este objeto é descrito, segundo um arquétipo, que existiu, durante determinado período histórico, aproximadamente, a partir da Paz de Westphalia - da mesma forma que o conceito de Estado -, de tal modo que, não aceita como Direito Internacional - ou como Estado - qualquer outra variação histórica anterior ou posterior. Como se a repetição diária do Direito Internacional da Paz de Westphalia e do Estado moderno, fosse um ritual sagrado, que recriasse o ato primordial de criação do mundo. Não por acaso, os referidos doutrinadores falam em "cosmos" e "caos", em "unidade" e "fragmentação", sendo a fragmentação qualquer alteração na organização "divina" desses dois elementos.

Como um encadeamento do raciocínio, Eliade menciona o "simbolismo do centro". Ora, em paralelo com a crença nos arquétipos celestiais, uma série de outras, como aquela que se refere ao fato deles serem investidos do prestígio do centro<sup>46</sup>. Ou seja, não basta reproduzir Deus, é preciso ser centro. Aquilo que Dupuy chamava de "necessidade de um centro" e atribuía aos Escolásticos, na realidade, tem muito mais a ver com as sociedades primitivas, em cujas narrativas havia sempre um simbolismo de natureza arquitetônica, com uma montanha sagrada - onde céu e terra se encontrariam, localizada no centro do mundo -, de modo que, cada templo ou palácio era considerado como uma montanha sagrada, um centro<sup>47</sup>. Assim,

---

<sup>43</sup> Ibid. p. 9.

<sup>44</sup> Ibid. p. 14.

<sup>45</sup> Ibid. p. 17.

<sup>46</sup> Ibid. p. 18.

<sup>47</sup> Ibid. p. 19. No caso do Direito Internacional de Dupuy e tantos outros, a montanha sagrada é a Corte Internacional de Justiça, local onde se encontram o céu, a terra e o inferno.



com um centro e atendendo à cosmologia divina, o Direito Internacional seria descrito como um "sistema", um cosmo, em oposição ao caos da fragmentação.

Esse umbigo do mundo seria uma imagem do mundo - *imago mundi* -, de modo que, o santuário reproduziria o universo, em sua essência<sup>48</sup>. Por isso, a composição da corte internacional - como, de resto, da própria Organização das Nações Unidas, bem como, da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Liga das Nações, antes disso, teria de atender à distribuição dos povos pelo globo, segundo o seu poder.

Mais do que isso, como o centro é o âmbito do sagrado, a estrada que leva até lá tem de ser dura, difícil, cheia de perigos<sup>49</sup>. Talvez por isso, a dificuldade de acesso à justiça internacional, observada na maior parte das cortes, o que só começou a mudar, recentemente, após a eclosão do "caos" da fragmentação.

Igualmente, "cada ritual tem um modelo divino, uma arquétipo", o que importa em repetição do ato praticado no começo dos tempos<sup>50</sup>. Daí a importância do Processo, dos ritos. Por isso, choca o fato da fragmentação ter trazido uma diversidade de caminhos possíveis, tal como se dá no Caso MOX.

Logo, a concepção ontológica "primitiva" é a aquela, segundo a qual, um objeto somente se torna real, enquanto imita o arquétipo<sup>51</sup>. Logo, de acordo com essa crença primitiva, um Estado que não seja um Estado moderno, não é Estado, não é real. Da mesma forma, um Direito Internacional, que não seja o de Westphalia, não é real, não é Direito Internacional.

O abandono do ritual de repetição dos atos divinos, levando ao tempo profano, produz consequências graves, por isso, a suspensão do tempo profano é uma necessidade do homem primitivo, como ensina Eliade<sup>52</sup>.

Por isso, periodicamente, ocorre a regeneração do tempo, como as festas de Ano Novo, em que, partindo de uma concepção de início e final de um período, baseada na observação dos ritmos cósmicos, pressupõe-se uma nova criação, o que importa na abolição da "história", concebida como sucessão linear do tempo<sup>53</sup>. Dessa forma, há uma periodicidade da criação, nessas culturas "primitivas", que permite, por exemplo, o retorno dos mortos, a

---

<sup>48</sup> Ibid. p. 22.

<sup>49</sup> Ibid. p. 23.

<sup>50</sup> Ibid. p. 26.

<sup>51</sup> Ibid. p. 36.

<sup>52</sup> Ibid. p. 38.

<sup>53</sup> Ibid. p. 57.

ressurreição do corpo<sup>54</sup>. Isso importa em regeneração, através da repetição do ato arquetípico, o que conduz à abolição do tempo concreto<sup>55</sup>.

No que toca ao significado da História, Eliade<sup>56</sup> faz menção à Teoria dos Ciclos Cósmicos, havendo uma distinção entre as culturas tradicionais e as modernas a respeito, porque as primeiras vêem o tempo como cíclico, que se regenera periódica e infinitamente. As modernas, por sua vez, parte da ideia de tempo finito, entre duas eternidades atemporais. Nesse ponto, Eliade<sup>57</sup> analisa as sociedades judaico-cristãs, que mantém a mesma resistência à História das sociedades arcaicas, mas, não através de um ritual periodicamente repetido, como ocorre com as outras, pelo contrário, pela sua abolição no futuro. Assim, a regeneração periódica ocorre uma única vez, no dia do Juízo Final. De qualquer modo, é uma atitude anti-histórica, da mesma forma.

Os ciclos cósmicos possuem especial relevância na mitologia indiana e helênica, a ponto de influenciar filósofos pré-socráticos como Anaximandro, Empédocles, Heráclito, Pitágoras e Platão<sup>58</sup>. Em Roma, os estóicos enfatizavam a repetição eterna<sup>59</sup>, no sentido de tornar estática a transformação, anulando a irreversibilidade do tempo<sup>60</sup>.

Afirma Eliade<sup>61</sup> que uma característica comum dos sistemas cíclicos do mundo helênico é a de que o momento histórico atual, seja qual for, é uma decadência, em relação aos precedentes. Essa constatação é relevante, quando se vê algo semelhante, em obras baseadas nos ciclos históricos culturais, como as de Toynbee<sup>62</sup> e, principalmente, de Spengler<sup>63</sup>.

Especialmente interessante no ensaio de Eliade<sup>64</sup> é a parte em que trata da sobrevivência do Mito do Eterno Retorno. Com efeito, diz Eliade, que mesmo no seio eclesiástico, houve um conflito, até o século XVII, entre a teoria dos ciclos e a visão de irrepitibilidade dos fatos, uma percepção linear do tempo e da vida, que teria sido delineada

---

<sup>54</sup> Ibid. p. 65.

<sup>55</sup> Ibid. p. 84.

<sup>56</sup> Ibid. p.111.

<sup>57</sup> Ibid. p.111.

<sup>58</sup> Ibid. p. 117/119.

<sup>59</sup> Ibid. p.119.

<sup>60</sup> Ibid. p. 120.

<sup>61</sup> Ibid. p. 125.

<sup>62</sup> TOYNBEE, Arnold. **A Humanidade e a Mãe-Terra. Uma História Narrativa do Mundo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.p. 1/772.

<sup>63</sup> SPENGLER, Oswald. **The Decline of the West. Form and Actuality**. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1926.p. 1/1019.

<sup>64</sup> ELIADE, Mircea. op. cit. p.137.

por Santo Irineu de Lyon, retomada por São Basílio e São Gregório, sendo afinal elaborada por Santo Agostinho<sup>65</sup>.

Porém, o mito do Eterno Retorno remanesce em teorias como as de Brache, Kepler, Bruno ou Campanella; tendo ocorrido uma reabilitação das ideias de ciclo, nos tempos recentes, com Nietzsche, Spengler e Toynbee<sup>66</sup>; algo que se deveria a uma traição ao desejo de encontrar significado e justificação trans-histórica para os acontecimentos, sendo a validade das soluções "historicistas" de Marx e Hegel questionada<sup>67</sup>.

Sem embargo, um exemplo de aplicação contemporânea da Teoria dos Ciclos Cósmicos, está na Teoria dos Ciclos Culturais, que inclui historiadores como Toynbee<sup>68</sup>, os quais, não desfrutam da visão da História como algo linear. O historiador Toynbee, além de descrever ciclos de nascimento, desenvolvimento e morte de várias civilizações<sup>69</sup>, faz uma observação bastante pertinente para os ciclos de unificação e fragmentação, ora estudados.

Deveras, refere-se Toynbee<sup>70</sup> ao "ecúmeno", que é a parte habitada da biosfera, a qual, na Era Helênica, da história grega, referia-se às terras habitadas por povos "civilizados", em termos práticos. O termo tornou-se corrente, exatamente, na época pós-alexandrina, em que Schmitt<sup>71</sup> situa a primeira revolução especial, decorrente de conquistas territoriais. Na mesma época, os chineses tinham um termo de conteúdo similar, "*Ta Ch'in*", no sentido de "tudo o que está sobre a Terra". Observa Toynbee<sup>72</sup>, que esses dois ecúmenos encontraram-se, apenas tardiamente, nos séculos XII, com os mongóis, bem como, em caráter definitivo, no século XV.

Como que reafirmando a posição de Eliade, notou Toynbee<sup>73</sup>, que desde o surgimento das primeiras civilizações, supunha-se que a Terra fosse o centro do universo e que cada civilização regional estivesse no centro do planeta. Porém, entre 1492 e 1522, os ecúmenos, que se haviam centrado em Pequim, Benares, Meca, Jerusalém e tantos outros lugares, fundiram-se em um único ecúmeno, mercê da revolução tecnológica, que permitiu a conquista

---

<sup>65</sup> Ibid. p. 139.

<sup>66</sup> Ibid. p. 141.

<sup>67</sup> Ibid. p. 142.

<sup>68</sup> TOYNBEE, Arnold. op. cit. p. 1/772.

<sup>69</sup> Ibid. p. 62/683.

<sup>70</sup> Ibid. p. 49.

<sup>71</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. op. cit. p.50.

<sup>72</sup> TOYNBEE, Arnold. **A Humanidade e a Mãe-Terra. Uma História Narrativa do Mundo**. op. cit. p. 50.

<sup>73</sup> Ibid. p. 637.

territorial dos mares e à consciência de que existiria esse novo ecúmeno unitário, global e finito<sup>74</sup>. Isso corresponde à primeira revolução espacial planetária, a que se refere Schmitt<sup>75</sup>.

Não seria demais afirmar, portanto, que as revoluções tecnológicas, as novas conquistas territoriais e as novas percepções de espaço e do ecúmeno são ciclos históricos, em si mesmos, havendo, de certa forma, uma fase de unificação, a cada formação de ecúmeno distinta. Em sentido oposto, na medida em que o contato com os povos vizinhos permite a consciência de que o ecúmeno seria maior do que se tinha noção, existindo outros "centros", que não o que se imaginava anteriormente, há uma fase de fragmentação, que só é encerrada, quando uma nova descoberta tecnológica permite novas conquistas territoriais e, posteriormente, uma nova consciência de todo e de centro. Nesse sentido, há outro conjunto de ciclos de unificação e de fragmentação.

Por sua vez, Spengler, ele compartilha da visão de Toynbee sobre ciclos culturais, segundo uma Filosofia da História de Eterno Retorno. Na sua obra-prima<sup>76</sup>, inicia o seu arazoado, afirmando que a decadência do Ocidente não é um fenômeno limitado no tempo e no espaço – como, de resto, a fragmentação do Direito Internacional também não o é, como se pretende comprovar no presente capítulo -, verificando, do mesmo modo que Toynbee, a existência de um ciclo de nascimento, crescimento, maturidade e morte das culturas. O que se pergunta Spengler é se há alguma lógica na História, alguma estrutura metafísica da humanidade histórica<sup>77</sup>.

Afirma Spengler<sup>78</sup> existir uma oposição, em termos da concepção sobre a morfologia da História mundial, entre uma visão mecânica de “mundo como História” e outra, orgânica, de “mundo como natureza”. No primeiro caso, o que há é uma lógica de espaço, que envolve matemática e relações de causa e efeito. No segundo caso, uma lógica de destino, relacionada à necessidade orgânica da vida<sup>79</sup>.

A visão de mundo como História é composta de esquemas arbitrários e limitados, derivados de tradições e escolhas pessoais, pelos quais se força a História, tal como se veria em Nietzsche<sup>80</sup>. Em oposição, a forma natural ou copernicana do processo histórico, a visão

---

<sup>74</sup> Ibid. p. 640/641.

<sup>75</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. op. cit. p. 54.

<sup>76</sup> SPENGLER, Oswald. **The Decline of the West. Form and Actuality**. op. cit. p. 3.

<sup>77</sup> Ibid. p. 3.

<sup>78</sup> Ibid. p. 5/6.

<sup>79</sup> Ibid. p. 7.

<sup>80</sup> Ibid. p. 14/15.

de mundo como natureza, à maneira de Goethe <sup>81</sup>, onde o destino é natureza, não a causalidade.

Esclarece Spengler que “cada cultura tem a sua civilização”, sendo a “civilização, o destino inevitável da cultura”.<sup>82</sup> Mais ainda, a morfologia da História mundial torna-se, inexoravelmente, um simbolismo universal<sup>83</sup>.

Ainda falando sobre a oposição básica da morfologia da História, afirma Spengler existirem dois princípios básicos, quanto à descrição do mundo: a “*Gestalt*” e a “*Gesetz*”. O primeiro é um princípio baseado em forma, o segundo, baseado em leis. Tais princípios correspondem a duas visões da História: a relacionada à “*Gesetz*” corresponde a uma visão do mundo, onde números e leis prevalecem nela. Por outro lado, uma visão mais intuitiva de mundo, como um devir eterno, números e leis estão menos presentes<sup>84</sup>.

A morfologia da história mundial, a que se refere Spengler<sup>85</sup>, é por ele conceituada como sendo “todos os modos de compreensão do mundo”. Essa morfologia pode ser fisiognômica, que é a compreensão do mundo através do orgânico, da história da vida, direção e destino. Em oposição, há a morfologia sistemática, que é a compreensão do mundo através do mecânico, da ciência, que descobre leis naturais e ordena relações causais<sup>86</sup>.

Essa distinção opera diferentes formas de consciência (através do símbolo, do retrato, orgânica, de um lado; através do número e da noção, da mecânica, de outro lado) e de imagem do mundo (História, de um lado; Natureza, de outro), a partir da existência<sup>87</sup>.

Nesse sentido, a visão spengleriana da História do mundo é a e uma “biografia coletiva das culturas, como organismos”, de modo que, exemplificando, “morfologicamente, a história chinesa é o exato equivalente da história de um único homem ou animal, árvore ou flor”.<sup>88</sup> Partindo desse mesmo princípio orgânico, a cultura pode ser vista como idéia (tal como a alma), sendo a soma total de suas possibilidades inerentes; ou como fenômeno (tal como o corpo vivo), ou seja, como ela aparece na “tela da História”, como é preenchida de fato<sup>89</sup>.

---

<sup>81</sup> Ibid. p. 16.

<sup>82</sup> Ibid. p. 31.

<sup>83</sup> Ibid. p. 46.

<sup>84</sup> Ibid. p. 97.

<sup>85</sup> Ibid. p. 100.

<sup>86</sup> Ibid. p. 100.

<sup>87</sup> Ibid. p. 101.

<sup>88</sup> Ibid. p. 104.

<sup>89</sup> Ibid. p. 104.

Prosseguindo na analogia com um organismo, afirma Spengler<sup>90</sup> que a história de uma dada cultura é a progressiva atualização do seu possível e o seu preenchimento é equivalente ao seu fim. Por isso se disse, anteriormente, que o Direito Internacional cosmopolita encontraria o fim no seu próprio sucesso, como um ouroboros, porque, uma vez atingida a finalidade última – paz mundial -, em seu extremo, ou seja, com a formação de um Estado mundial, sob uma constituição mundial, além de uma burocracia supranacional, desenvolvendo as funções dos três poderes de Estado, esse Direito Internacional deixaria de existir. Pontua Spengler<sup>91</sup> que a cultura é o fenômeno básico de todo o passado e futuro da História mundial.

Dito isso, Spengler aborda a questão dos ciclos históricos. Diz ele que as grandes culturas – que são o seu objeto privilegiado de estudo – cumprem “ciclos-onda majestosos”. Surgem de repente, desenvolvem-se, atingem a maturidade e desaparecem, com o preenchimento de sua finalidade – da mesma forma que o Direito Internacional cosmopolita, aliás. Dessa forma, o preenchimento da finalidade – o que se espera de toda a cultura – origina, no seu entender, todos os declínios históricos<sup>92</sup>. Conclui, afirmando que toda a cultura passa pelas mesmas fases que um homem, individualmente considerado.<sup>93</sup>

Outra contribuição importante de Spengler<sup>94</sup>, que havia sido mencionada por Schmitt – quando afirmou não reconhecer a existência de homologias ou de paralelismos históricos, por conta da irrepetibilidade dos fatos históricos -, é o Princípio Homológico, que dá uma nova conotação ao termo “contemporâneo” ao fenômeno histórico. No seu entender, dois fatos históricos são “contemporâneos”, quando ocorrem na mesma posição relativa, de suas respectivas culturas, possuindo a mesma importância, como ocorre com as conquistas territoriais de Alexandre Magno e de Napoleão.

Novamente explorando a oposição entre a morfologia fisiognômica e a sistemática, Spengler<sup>95</sup> diferencia a idéia de destino do princípio da causalidade. A ideia de destino tem a ver com a experiência de vida, com o ver, com profundidade. Segue uma lógica orgânica e instintiva, uma lógica de direção. É fisiognômica. Por outro lado, o princípio da causalidade relaciona-se com a experiência científica, com o calcular e o intelecto. A sua lógica é a do inorgânico, da compreensão. Segue a lógica da extensão. É sistemática.

---

<sup>90</sup> Ibid. p. 105.

<sup>91</sup> Ibid. p. 105.

<sup>92</sup> Ibid. p. 106.

<sup>93</sup> Ibid. p. 107.

<sup>94</sup> Ibid. p. 112.

<sup>95</sup> Ibid. p. 117.

Afirma que a causalidade não guarda relação com o tempo, de modo que, o destino, em sua opinião, seria o verdadeiro modo de existência do fenômeno primal (cultura). Em sentido oposto, a causalidade seria o modo de existência dos objetos<sup>96</sup>.

O “macrocosmo” é outro conceito importante de Spengler, tratando-se da “soma total dos símbolos, em relação a um espírito”<sup>97</sup>, o “simbolismo da figura do mundo e do problema do espaço”. Ora, uma história mundial do tipo fisiognômico conduz à idéia de um simbolismo compreensivo. Por isso, uma pesquisa histórica desse tipo investiga a figura do passado, uma vez vivido e determina a sua lógica interna. Essa lógica e a idéia-destino é o seu limite máximo. Em sentido oposto, uma investigação naturalista é também fragmentária – tanto quanto a fisiognômica -, porque é limitada ao seu próprio sistema causal de relações. Desse modo, nem o movimento trágico, nem o técnico, exaurem, no seu entender, o ser-em-si.<sup>98</sup> Nesse ponto, assemelha-se a visão de Spengler à epistemologia fenomenológica.

Interessante notar que, nesse declínio do Ocidente, Spengler refere-se, do mesmo modo que Schmitt (“unidade técnica do mundo”), à técnica, em um sentido negativo, relacionando o declínio do Ocidente, também, à batalha final entre Economia e Política, que resulta na “ditadura monetário-econômica”<sup>99</sup>. Nesse aspecto, é tão profético quanto Schmitt, ou até mais, uma vez que, anunciou o final do século XX, com a globalização e a hegemonia, também ideológica, do padrão de acumulação flexível – e, de certo modo, a fragmentação do Direito Internacional, em razão da especialização técnica, trazida pela diferenciação funcional -, em 1926.

Finalizando essa amostra dos pontos de vista de Spengler sobre a natureza cíclica do fenômeno histórico, entende ele que, da mesma forma que as estações do ano, o ciclo das grandes culturas passa por quatro fases: primavera, verão, outono e inverno<sup>100</sup>. Essas fases correspondem às quatro fases da vida humana: infância, adolescência, maturidade e senectude.

Por fim, quanto aos aspectos metodológicos da presente tese, deixa-se claro que, apesar da tese utilizar as expressões "pulsão", "pulsão de fragmentação", "pulsão de unificação" e "pulsão de repetição", a Psicanálise não é um referencial teórico empregado no presente trabalho.

---

<sup>96</sup> Ibid. p. 124.

<sup>97</sup> Ibid. p. 163.

<sup>98</sup> Ibid. p. 163.

<sup>99</sup> Ibid. p. 465.

<sup>100</sup> Ibid. p. 1017.

Porém, ela inegavelmente fornece uma boa metáfora para proposta de marcha cíclica da História do Direito Internacional, através da repetição dos ciclos de unificação e fragmentação – o ponto de vista defendido pela presente tese, em seu último capítulo -, no longo prazo.

Evidentemente, não se está a dizer que o Direito Internacional seja um organismo – ou estabelecendo uma comparação necessária entre as culturas e um organismo, como faz Spengler -, mas, da mesma forma que se faz, ao aplicar a linguagem da Teoria dos Sistemas ao Direito Internacional, aplica-se a esse produto da cultura o mesmo raciocínio empregado na análise individual.

Ao aplicar-se a linguagem da Psicanálise ao Direito Internacional, como se faz, ao longo de toda a tese, denominando-se as forças históricas em conflito de “pulsões fragmentadoras” ou “pulsões unificadoras”, ou ainda, à sua atuação combinada, no longo prazo, como “pulsão de repetição” – denominada, na Psicanálise, de “compulsão de repetição” -, obtém-se um ganho na representação do fenômeno estudado, que é o de descrever essas forças históricas, de forma elegante, sem a necessidade de escrever uma página, quando basta pronunciar três palavras.

Evidentemente, essa pretendida elegância só é viável, na representação do fenômeno, porque parece existir um paralelismo entre o comportamento dessas energias, que operam no ser humano individualmente considerado e o comportamento dessas forças históricas, em um produto da cultura, como é o Direito Internacional. Nem de longe, caberá à presente tese esclarecer o motivo desse aparente paralelismo - ou ainda, esclarecer se essa aparência corresponde à realidade dos fatos -, porque o tema é de tal modo complexo, que, novamente, uma outra tese teria de ser escrita, para tanto. Porém, apenas especulando, não se pode deixar de notar que há determinadas constantes na ordem natural das coisas, na *physis*, como são os números, a Lei da Gravidade ou os ângulos da Trigonometria. Às vezes, o que aparenta ser caos é apenas complexidade.

Desde já, com a *venia* da metáfora improvável, é possível conceituar “pulsão” como sendo o “processo dinâmico, que consiste numa pressão ou força (carga energética, fator de motricidade), que faz o organismo tender para um objetivo”<sup>101</sup>. Assim, uma pulsão de unificação é uma carga energética, que faz com que o Direito Internacional tenda para a sua coesão, enquanto uma pulsão de fragmentação, aplicada ao Direito Internacional, seja aquela carga energética, que conduz o Direito Internacional ao esfacelamento.

---

<sup>101</sup> LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da Psicanálise. Laplanche e Pontalis**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.p. 394.



Como essas pulsões e mais a compulsão à repetição operam, segundo a Psicanálise?

A primeira conceituação completa de pulsão, levando em conta todos os seus componentes, foi feita por Freud, em 1915<sup>102</sup>, tendo ele afirmado que a pulsão é um "conceito situado na fronteira entre o mental e o somático, como o representante psíquico dos estímulos, que se originam dentro do organismo e alcançam a mente, como uma medida de exigência feita à mente, no sentido de trabalhar, em consequência de sua ligação com o corpo".

A pulsão, segundo Freud, possui quatro componentes: a pressão, a finalidade, o objeto e a fonte. A pressão<sup>103</sup> da pulsão é o seu "fator motor, a quantidade de força ou a medida de exigência de trabalho que ela representa". A finalidade<sup>104</sup> da pulsão é "sempre satisfação, que só pode ser obtida, eliminando-se o estado de estimulação, na fonte" da pulsão. O objeto<sup>105</sup> da pulsão é a "coisa, em relação à qual ou através da qual", a pulsão é "capaz de atingir a sua finalidade". Por fim, a fonte<sup>106</sup> de uma pulsão é "o processo somático, que ocorre num órgão ou parte do corpo, e cujo estímulo é representado na vida normal por um instinto".

Por sua vez, em 1920, Freud introduz (mais) um dualismo pulsional<sup>107</sup>, enfocando a existência de uma pulsão de vida e outra de morte<sup>108</sup>. Essa divisão interessa à metáfora apresentada na concepção da presente tese, porque há um paralelo entre as forças históricas de unificação e fragmentação, no Direito Internacional. Da mesma forma que ocorre nas pulsões de vida e de morte, as pulsões de unificação e de fragmentação, elas coexistem<sup>109</sup>, podendo, em determinado momento, uma predominar sobre a outra.

As pulsões de morte "tendem à destruição das unidades vitais, para a igualização radical das tensões e para o retorno ao estado inorgânico"<sup>110</sup>, enquanto as pulsões de vida, por sua vez, "tendem a conservar as unidades vitais existentes", além de "constituir, a partir destas, unidades mais globalizantes."<sup>111</sup> Assim, da mesma forma que as pulsões de vida, no

---

<sup>102</sup> FREUD, Sigmund. **Os Instintos e suas Vicissitudes**. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XIV. Rio de Janeiro: Imago, 1996.p. 127.

<sup>103</sup> Ibid. p. 127.

<sup>104</sup> Ibid. p. 128.

<sup>105</sup> Ibid. p. 128.

<sup>106</sup> Ibid. p. 129.

<sup>107</sup> FREUD, Sigmund. **Além do Princípio do Prazer**. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XIV. Rio de Janeiro: Imago, 1996.p. 61. "Nossas concepções, desde o início, foram dualistas e são hoje ainda mais definitivamente dualistas do que antes, agora que descrevemos a oposição como se dando, não entre instintos de ego e instintos sexuais, mas entre instintos de vida e instintos de morte". Onde se fala "instintos", entenda-se "pulsão".

<sup>108</sup> Ibid. p. 17/72. É bem verdade que o dualismo já existia na divisão "pulsões do ego" e "pulsões sexuais". No mesmo contexto, o dualismo envolvendo "Princípio do Prazer" e "Princípio da Realidade".

<sup>109</sup> Ibid. p. 65.

<sup>110</sup> LAPLANCHE, Jean. op. cit. p. 407.

<sup>111</sup> Ibid. p. 414.

Direito Internacional, as forças históricas unificadoras também atuam no sentido de evitar a destruição do conjunto de normas e princípios em questão, além de pretender a sua expansão. Por outro lado, as forças históricas da fragmentação, agindo com a mesma tendência das pulsões de fragmentação, impelem à destruição desse mesmo conjunto. Naturalmente, o que significa "destruição" vai depender do contexto histórico e da respectiva configuração do Direito Internacional, em cada época.

Ironicamente, observa Freud, tudo o que vive, "morre por razões internas", de modo que, "o objetivo de toda a vida é a morte"<sup>112</sup>. Prossegue o seu raciocínio, ilustrando-o com exemplos da Biologia, dizendo que os seres morrem, por terem atingido a sua finalidade. Do mesmo modo, como demonstrado, caso a finalidade última de um Direito Internacional cosmopolita fosse atingida, ele deixaria de existir.

Assim, a pulsão de vida, o Eros, segue um princípio de coesão, enquanto a pulsão de morte, o Tânetos, segue um princípio de fragmentação, porque tem a meta de "dissolver os agregados" e, assim, "*destruir as coisas*".<sup>113</sup> Logo, a metáfora não é forçada. Pelo contrário, é bastante natural. Há forças psicossomáticas e históricas, que tendem à destruição dos agregados e há forças psicossomáticas e históricas, que tendem à coesão e preservação desses agregados.

Há outra pulsão, denominada "compulsão à repetição", por sua vez, também tratada em 1920, por Freud<sup>114</sup>, relaciona-se a uma "dinâmica conflitual"<sup>115</sup> entre os Princípios do Prazer e da Realidade<sup>116</sup>.

A compulsão à repetição é relacionada por Freud com o caráter pulsional, através da suspeita de que as pulsões em geral e a própria vida orgânica teriam um atributo universal, de "restaurar um estado anterior de coisas"<sup>117</sup>, ou seja, a substância viva teria uma natureza conservadora. Então, essas pulsões "estariam fadadas a dar uma aparência enganadora de serem forças tendentes à mudança e ao progresso", quando, na realidade, tendem ao "retorno ao inorgânico"<sup>118</sup>. Assim, ocorreria no aparelho psíquico - da mesma forma que na História do Direito Internacional -, momentos de alternância entre fragmentação e unificação,

<sup>112</sup> FREUD, Sigmund. **Além do Princípio do Prazer**. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XIV. op.cit. p. 48.

<sup>113</sup> LAPLANCHE, Jean. op. cit. p. 413.

<sup>114</sup> FREUD, Sigmund. **Além do Princípio do Prazer**. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XIV. op. cit. p. 28/72.

<sup>115</sup> LAPLANCHE, Jean. op. cit. p. 83.

<sup>116</sup> FREUD, Sigmund. **Além do Princípio do Prazer**. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XIV. op. cit. p. 70/71.

<sup>117</sup> Ibid. p. 46.

<sup>118</sup> Ibid. p. 48.

repetidamente, mas visto o conjunto, no longo prazo, o que aparenta ser "conservação", na realidade, representa uma tendência de retorno ao inanimado, ou seja, de fim. A própria repetição, como ocorre com o "retorno à Idade Média", já mencionado anteriormente nesta tese, é uma evidência da tendência de retorno ao *status quo ante*, existente, tanto no mundo natural, como no mundo da cultura, embora não se possa afirmar tratar-se do mesmo fenômeno.

Uma forma de tentar explicar esse paralelismo pode se dar através do Holismo, que defende a existência de uma gradação progressiva de sínteses holísticas na natureza, iniciando pelas meras misturas físicas, compostos químicos, organismos, mentes ou órgãos físicos e, por fim, terminando na personalidade, "a mais evoluída das estruturas do universo".<sup>119</sup> Em se tratando de um todo, as leis poderiam valer para as diferentes sínteses holísticas.

De qualquer modo, o importante para o presente trabalho é que a Psicanálise fornece elementos para uma metáfora bastante ilustrativa para o Direito Internacional, sobre os ciclos de fragmentação e unificação, bem como, sobre a sua repetição, com uma dinâmica conflitual, até o destino final.

Feitas essas considerações, passa-se ao Caso MOX, que é o ponto de partida para ilustrar a questão da fragmentação do Direito Internacional.

---

<sup>119</sup> SMUTS, Jan Cristiaan. **Holism and Evolution**. Londres: Macmillan, 1936. p. 85.

## 2 - O CASO “MOX DE SELLAFIELD” – A PEDRA ANGULAR DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

### 2.1 Introdução e Contextualização: Diferenciação Funcional, Criação de Regimes Autônomos de Tratados e o Relatório Koskenniemi

O primeiro capítulo deste trabalho está centrado no estudo de um caso particular, que é o Caso “MOX de Sellafield”, por conta das novas questões que ele trouxe para o Direito Internacional, como será detalhado mais adiante.

Neste primeiro capítulo, será feita uma descrição breve dos procedimentos do Caso MOX – disponibilizando-se uma descrição mais completa, a partir de uma tradução das peças dos autos de todos os procedimentos, em apêndice -, bem como, uma apresentação das suas repercussões jurídicas.

Sem embargo, o Caso MOX causou grandes celeumas no mundo jurídico<sup>120</sup>, como se verá, tanto do ponto de vista dos seus resultados e das teses defendidas, quanto, de um ponto de vista mais amplo, pelo fato de ilustrar a tão propalada ameaça de quebra de sistema do Direito Internacional, pela via da fragmentação do Direito Internacional.

Por isso, fez-se necessário mostrar os diferentes pontos de vista, atualmente existentes na doutrina, sobre o tema.

Igualmente, fez-se um apanhado não-exaustivo de casos que, de algum modo, relacionam-se com as questões trazidas pelo Caso MOX, no que pertine, especificamente, ao tema da fragmentação do Direito Internacional.

Todo esse trabalho descritivo conflui para a conclusão do presente capítulo, na qual, pretende-se verificar se o problema trazido pelo Caso MOX, que é o do conflito institucional – não puramente normativo, portanto – de órgãos judicioriformes, no Direito Internacional, por conta da diferenciação funcional e crescente especialização desse ramo jurídico, é, em si mesmo, um problema e quais seriam as soluções possíveis, dentro da técnica jurídica.

Para poder chegar nessa discussão, contextualizando-a, é preciso trilhar um determinado caminho, que é o da relação porventura existente entre o conceito de sistema, a diferenciação funcional e a fragmentação do Direito Internacional. De algum modo, esse

<sup>120</sup> BOYLE, Alan. *The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea*. Washington: The International Journal of Marine and Coastal Law, vol. 22, n. 3, 2007.p.371. Também DUPUY, Pierre-Marie. *L'Unité de L'Ordre Juridique International. Cours Général de Droit International Public*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2003.p.489; PAUWELYN, Joost. *Conflicts of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.p. 114/124; COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Fragmentation Du Droit International: Difficultés Découlant de la Diversification et de L'Éxpansion du Droit International*. KOSKENNIEMI, Maarti (Org.). Nova Iorque/Genebra: Annuaire de la Commission du Droit International, 2006, vol.II(2). p.13.

caminho já foi trilhado, pelo Relatório Koskenniemi, apesar dele cuidar, como se detalhará mais adiante, do conflito puramente normativo, como decorrência da crescente especialização dos denominados “regimes autônomos”.

O Relatório Koskenniemi, acima referido, resultou do trabalho de um grupo de estudos sobre a fragmentação do Direito Internacional, tendo sido adotado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em 2006, sendo, posteriormente, submetido à Assembleia Geral daquela organização internacional. Não foi o primeiro relatório da Comissão de Direito Internacional a tratar da questão dos eventuais riscos trazidos pela fragmentação do Direito Internacional<sup>121</sup>, mas, gerou enorme repercussão e realimentou a discussão sobre o tema na doutrina especializada<sup>122</sup>, devendo, em função disso, ser mencionado.

Mas, o que tem a ver, o relatório da Comissão de Direito Internacional, que trata das dificuldades decorrentes da expansão e diversificação desse ramo jurídico, com a Teoria dos Sistemas?

A relação entre o relatório em tela e a Teoria dos Sistemas está no reconhecimento, contido no relatório<sup>123</sup>, de que o Direito Internacional enfrentava um tipo de problema novo, não mais, relacionado ao fato de existirem os diversos regimes jurídicos nacionais, mas, de passarem a existir diferentes regimes de tratados internacionais – decorrentes da multiplicação de grupos regionais, históricos e funcionais, o que teria levantado um temor<sup>124</sup>, com relação à unidade do Direito Internacional e o seu alegado caráter de sistema.

O crescimento da produção normativa multilateral, no curso de meio século, acompanhado da existência de regimes reguladores, mais ou menos formais, teria levado a uma especialização crescente, de partes da sociedade internacional, o que, por sua vez, teria conduzido esses setores a uma autonomização<sup>125</sup> - portanto, de uma forma ainda mais acentuada que em meados do século vinte, quando se reportou o fenômeno, pela primeira vez – observado por Jenks<sup>126</sup>, nos idos de 1953 - obra, na qual, já se dizia que a possibilidade de

<sup>121</sup> SIMMA, Bruno. **The Work of the International Law Commission at Its Fifty-Fourth Session** (2002). Leiden: Nordic Journal of International Law, vol. 32, n.1, 2003.p.91.; KOSKENNIEMI, Martti; MOSLEY, Christopher C. **The Work of the International Law Commission at Its Fifty-Fifth Session**. In [www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MILC.pdf](http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MILC.pdf). Acesso em 12/06/2016.p. 30/33.

<sup>122</sup> MURPHY, Sean. **Deconstructing Fragmentation's 2016 ILC Project**. Filadélfia: Temple International & Comparative Law Journal (forthcoming), 2013. In <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty-publications>.p. 1/18; BROUDE, Tomer. **Keep Calm and Carry On: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law**. Filadélfia: Temple International & Comparative Law Journal, vol. 27, n.2, 2013.p. 279/292.

<sup>123</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. op. cit. p.10/18.

<sup>124</sup> KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi, **Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties**. Leiden: Leiden Journal of International Law, vol. 15, 2002. p. 553/578.

<sup>125</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. op. cit.p.11.

<sup>126</sup> JENKS, C.Wilfried. **The Conflict of Law-Making Treaties**.op. cit..p.403.

vir a existir uma legislatura supranacional, nos anos próximos, seria muito pequena, apesar do desenvolvimento de instituições supranacionais, no período.

Por conta disso, estaria ameaçado o caráter sistemático do Direito Internacional - reconhecido pela mencionada Comissão, em suas conclusões finais, da mesma forma que pela maior parte da doutrina do Direito Internacional, no século vinte, especialmente, a partir do pós-guerra<sup>127</sup> -, caráter que seria reconhecido, pelo fato de suas regras e princípios operarem em relação com os demais, devendo ser interpretadas nesse contexto.<sup>128</sup>

Interessante notar que o relator Koskenniemi, em suas obras, em especial, “*Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*”, já referida, opina no sentido da normalização da fragmentação, como algo politicamente inevitável e juridicamente gerenciável, com um enfoque, francamente luhmanniano, no sentido da aplicação de uma ética formalista<sup>129</sup>. Porém, a Comissão de Direito Internacional, em sua maioria, tinha uma visão diferente, o que justifica algumas ambigüidades no texto do relatório analisado, a ponto de Murphy questionar se o Relatório da Comissão de Direito Internacional seria uma confirmação de toda a obra acadêmica de Koskenniemi ou uma traição a ela<sup>130</sup>.

O fenômeno, observado no Direito Internacional mais recente, foi, então, associado pelo próprio Relatório Koskenniemi a outro, descrito na Sociologia, denominado “diferenciação funcional”<sup>131</sup>. Evidentemente, quando se fala, no Relatório da Comissão de Direito Internacional, nessa automização de setores desse ramo jurídico, a ênfase está toda no aspecto puramente normativo, não nas instituições, órgãos do Direito Internacional e suas funções, o que mais se relacionaria com o fenômeno da diferenciação funcional.

Porém, como se demonstrará mais adiante, a diferenciação por especialização, dos diferentes regimes de Direito Internacional, conduz a interpretações particulares, distinta das demais e do Direito Internacional geral<sup>132</sup>, que é exatamente o que se encontra no cerne deste trabalho, no Caso MOX e assemelhados.

Assim, uma especialização institucional conduz a uma especialização – e conseqüente diferenciação – normativa. Logo, aproximam-se os fenômenos da fragmentação do Direito Internacional e da diferenciação funcional, como bem observado no próprio Relatório da

<sup>127</sup> BROUDE, Tomer. op. cit.p.279.

<sup>128</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS op. cit. p.2/15

<sup>129</sup> BROUDE, Tomer. op. cit. p.279.

<sup>130</sup> MURPHY, Sean.op. cit.p.2.

<sup>131</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS.op.cit. p.11.

<sup>132</sup> ALVAREZ, José E. **International Organizations as Law-makers**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 401. Vide parte III, em especial, que trata dos diferentes mecanismos de solução de controvérsias.

Comissão de Direito Internacional, o que torna a tradicional distinção entre “ser” e “dever ser” de veras inútil.<sup>133</sup>

Pois, a diferenciação funcional - ou especialização funcional – é um dos elementos da Teoria dos Sistemas de Luhmann, tendo ele, segundo Losano, tomado por empréstimo de Weber<sup>134</sup> a idéia de que a racionalidade do Direito não decorreria da lógica, mas do fato de desempenhar uma função específica, na solução de problemas sociais<sup>135</sup>. A obra de Weber, que teria inspirado Luhmann, na utilização do conceito, foi traduzida no Brasil como “Economia e Sociedade”.

Isso ocorreria, pelo fato do Direito ter dado uma grande contribuição à moderna sociedade industrial, no sentido de sua racionalização, já que teria permitido maior previsibilidade a determinadas ações e a criação de amortecedores sociais, no controle de interesses contrários. Na medida em que essas diferenciações sociais ocorreriam, passariam a surgir, igualmente, novas interdependências, o que, por seu turno, levaria à necessidade de uma contínua formalização, melhor ainda, de uma “de-formalização” do Direito.<sup>136</sup> Nos termos do pensamento de Luhmann, a cada diferenciação da racionalidade, corresponderia uma diferenciação de funções.<sup>137</sup>

Por outro lado, essa fragmentação notada seria vantajosa socialmente, no entender de Luhmann, eis que a racionalidade de um subsistema não poderia estender-se aos demais, sendo os distúrbios isolados e as mudanças localizadas<sup>138</sup>. Observa-se que essa asserção poderia, muito bem, ser aplicada ao tema da fragmentação do Direito Internacional, porque, respeitando-se a racionalidade inerente a cada regime especializado – não tentando impor-se, por exemplo, a racionalidade do Direito Internacional geral, para toda e qualquer situação -, as questões surgidas no contexto daquele regime especializado poderiam ser solucionadas no interior desse subsistema, proporcionando-se uma mudança desse dito subsistema, sem que fosse necessário exigir-se uma mudança muito mais custosa e difícil, que seria a de todo o Direito Internacional. Esse tipo de especialização e a diferenciação subsequente permitiriam, hipoteticamente e segundo esse ponto de vista formalista, da Teoria dos Sistemas, uma

<sup>133</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. op. cit.p.11

<sup>134</sup> WEBER, Max. **Economía y Sociedad. Livro II. Tipos de Comunidade e Sociedade**. México: Fondo de Cultura Economica, 1944.p. 304/324.

<sup>135</sup> LUHMANN, Niklas. **Recht und Automation in der Öffentlichen Verwaltung. Eine Verwaltungswissenschaftliche Untersuchung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1966.p.196. Apud LOSANO, Mario G.**Sistemas e Estruturas no Direito**. vol. III.São Paulo: Martins Fontes, 2011.p376.

<sup>136</sup>LOSANO, Mario G. **Sistemas e Estruturas no Direito**. vol. III.São Paulo: Martins Fontes, 2011.p376.

<sup>137</sup> Ibid.p377.

<sup>138</sup> Ibid.p377.

convivência mais harmônica e menos conflituosa do subsistema com os congêneres e o sistema como um todo.

Retornando ao pensamento de Luhmann, com base nessa diferenciação funcional, o Direito cumpriria as funções de consolidar expectativas de comportamento, de sustentar a ação do ator social e de subtrair tal ação do juízo moral. Nos dias de hoje, seriam constituídos a segurança do ambiente e o âmbito de ação, de que, “sistemas de ação diferentes têm necessidade para racionalizar-se segundo critérios próprios, específicos e extrajurídicos.”<sup>139</sup> Dessa maneira, o Direito deixa de ser avaliado, segundo a verdade (Ética), para ser avaliado segundo o processo<sup>140</sup>. Essa observação é relevante para o entendimento do primeiro capítulo porque os que criticam a demonização da fragmentação do Direito Internacional, frequentemente, apresentam um viés formalista, como se observa da crítica da Koskenniemi, que é dirigida, como sempre, ao “gerencialismo”<sup>141</sup>.

Com efeito, observou o Relatório, nesse mesmo sentido, que, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que há uma normalização, uma uniformização crescente da vida social, mundialmente, por outro lado, também haveria um movimento de diversificação crescente, com a emergência de domínios de ação social e de estruturas especializadas, relativamente, autônomas<sup>142</sup>.

Afirma a Comissão de Direito Internacional que, especificamente, no domínio jurídico, a fragmentação observada na sociedade internacional reflete-se no surgimento de um conjunto de regras, instituições jurídicas e de domínios de prática jurídica especializada, cada regime especializado dotado de seus princípios e instituições, ou seja, de uma racionalidade característica.<sup>143</sup> Observa-se que essa descrição corresponde, exatamente, ao que se refere Luhmann.<sup>144</sup>

A doutrina mais tradicional, corporificada em Dupuy, Abi-Sabi e Paulwelyn<sup>145</sup>, então, teria manifestado as suas preocupações, com relação ao risco de erosão do Direito Internacional geral, através da aparição de decisões jurisdicionais contraditórias, de uma

---

<sup>139</sup> Ibid. p377.

<sup>140</sup> Ibid.p378.

<sup>141</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization**. Tel Aviv: Theoretical Inquires in Law, vol. 8, n. 1, 2007.p. 9/35.

<sup>142</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. op. cit.p.11.

<sup>143</sup> Ibid. p.11/12.

<sup>144</sup> LOSANO, Mario G. op. cit. p377.

<sup>145</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **L'Unité de L'Ordre Juridique International. Cours Général de Droit International Public**. op. cit.p.489; PAUWELYN, Joost. op. cit.p. 114/124.



corrida aos órgãos jurisdicionais mais convenientes e da perda da segurança jurídica, que decorreria da perda de uma perspectiva global do Direito Internacional.<sup>146</sup>

Para ilustrar o problema jurídico tratado pelo relatório, o exemplo dado foi o da Usina MOX de Sellafield, porque a questão de sua operação, direta ou indiretamente, como se verá, teria sido discutida perante três procedimentos judiciais diferentes. Segundo o relatório, esse episódio seria ilustrativo, porque três regimes jurídicos incidiriam sobre a mesma matéria de fato em questão. Perguntou o relatório, então, qual seria o regime determinante, nessa hipótese, de um aparente conflito entre regimes jurídicos<sup>147</sup>.

Mas, o problema não seria, assim, tão simples. De fato, observando a exceção oferecida pelo Reino Unido, uma mesma questão de fato estaria sendo debatida perante um tribunal arbitral da Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho do Nordeste do Atlântico (nesse trabalho, denominado “OSPAR”, para simplificar); a Corte Europeia de Justiça e um tribunal arbitral, criado nos termos do Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (tratada por “UNCLOS”, no decorrer do trabalho). Podem ser mencionadas, ainda, as medidas de natureza cautelar, requeridas junto ao tribunal internacional “ITLOS”, sediado em Hamburgo, no mesmo âmbito da discussão que ocorria, no curso do tribunal arbitral UNCLOS<sup>148</sup>.

Em função disso, observou o relatório, surgiriam também problemas, nos planos, institucional e jurídico.<sup>149</sup> Entendeu-se que a aplicação do Direito Internacional por instituições diferentes, apesar das mesmas regras, poderia levar a resultados diferentes, porque diferenças em seus contextos, finalidades e objetivos poderiam levar a interpretações diferentes. Quais seriam os impactos sobre a segurança jurídica e a isonomia entre os sujeitos de Direito Internacional?<sup>150</sup>

Ora, esta introdução dá um especial destaque ao Relatório Koskenniemi, não apenas pelas repercussões que trouxe, mas, por tudo aquilo que não pôde dizer, em razão de se tratar de uma manifestação, que exigia algum grau de consenso, da parte dos integrantes da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Ora, como o aspecto institucional exigiria o enfrentamento do problema das relações entre os diferentes órgãos judiciais e de suas relações hierárquicas, já que a Comissão se reuniu para encontrar soluções para o que julgava ser um problema.

---

<sup>146</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. op. cit. p.12.

<sup>147</sup> Ibid. p.13.

<sup>148</sup> Ibid. p.13.

<sup>149</sup> Ibid. p.14.

<sup>150</sup> Ibid. p.14.

Sintomaticamente, o relatório recusou-se, confessadamente, a enfrentar o tema da fragmentação, sob o viés institucional, deixando às próprias instituições tratar de suas competências institucionais.<sup>151</sup>

Entende-se, porém, que o problema institucional levantado é, justamente, o mais difícil de ser resolvido, não se limitando a uma discussão no interior da racionalidade e da técnica jurídica, o que também justificou a escolha do Caso MOX, como um ponto de partida, no mundo dos fatos, para as discussões que a tese traz. Exatamente por isso, a introdução, um pouco mais longa que o recomendável pela boa técnica redacional, insiste em trazer essas questões, antes de iniciar a descrição e os comentários sobre o caso, a provar a relevância e a necessidade dessas discussões.

Mais que isso, como já se antecipou um pouco antes, o Caso MOX demonstra que a velha distinção entre “ser” e “dever ser” deve ser superada, para o fim de se tentar solucionar a questão jurídica da fragmentação do Direito Internacional. Aparentemente, “ser” e “dever ser” se encontrariam em dimensões diferentes, que não se tangenciariam, mas isso não é bem assim, porque instituições que dizem o direito, através de diferentes métodos de solução de controvérsias, de diferentes regimes autônomos, quando abordam uma mesma situação fática, podem produzir soluções diferentes para a mesma questão, mercê do contexto e peculiaridades de cada um desses regimes autônomos.

Para se compreender o assunto, que será tratado mais adiante, é relevante estabelecer uma distinção, porque a fragmentação do Direito Internacional não é um fenômeno monolítico. Existe a fragmentação substantiva, a que decorre do conflito interpretativo das normas de Direito Internacional, por diferentes órgãos judiciariformes, de diferentes regimes de tratados, o que acarreta o risco à consistência e à continuidade, no desenvolvimento e aplicação de princípios jurídicos. Por outro lado, há a fragmentação procedimental é aquela que se refere à atribuição dos diferentes órgãos que solucionam controvérsias, na esfera internacional, estando ligada a riscos quanto à disponibilidade e adequação do foro de solução das querelas internacionais<sup>152</sup>. A última é um ponto de contato entre o "ser" (aparato judicante) e o "dever ser" (normas procedimentais), é o interesse central da presente tese e o tema do qual fugiu o Relatório Koskenniemi.

Assim, o fato (“ser”) de existirem órgãos judiciariformes, decorrentes da existência de diferentes métodos de solução de controvérsias, de diversos tratados e convenções,

---

<sup>151</sup> Ibid. p.14.

<sup>152</sup> RAYFUSE, Rosemary. **The Future of Compulsory Dispute Settlement under The Law of The Sea Convention**. Wellington: Victoria University of Wellington Law Journal vol.1, n. 28, 2005.p. 688.

constituindo regimes jurídicos autônomos, campos especializados do Direito Internacional, poderia implicar em uma crise nesse sistema jurídico - que o Relatório Koskenniemi afirmou existir -, porque haveria “*outputs*” diferentes para os mesmos “*inputs*”.

O próprio Direito Internacional (“dever ser”), portanto, estaria sendo reescrito, redefinido ou dissolvido, mercê de questões puramente institucionais. Nem se diga que isso não estaria ocorrendo, porque um mesmo caso poderia, hipoteticamente, ter duas ou mais soluções diferentes. Quando se tem um duas ou mais soluções diferentes – como se dá com o entendimento sobre a competência (uma questão procedimental, portanto) do tribunal arbitral do Anexo VII do UNCLOS no Caso MOX, como se verá adiante, consoante o tribunal ITLOS, o próprio tribunal arbitral do Anexo VII ou a Corte Europeia de Justiça -, sobre uma mesma questão de fato, gera-se uma insegurança jurídica, uma incerteza sobre a interpretação e aplicação das normas de Direito Internacional, portanto, uma crise do sistema jurídico internacional, se é que ele realmente existe. Ora, o “ser” e o “dever ser” não são planos paralelos, que jamais se encontram, afinal...

Evidentemente, um sistema jurídico, que, para os mesmos “*inputs*”, produza “*outputs*” diversos ou conflituosos, encontra-se com sérios problemas em sua homeostase ou não se reveste das características de um sistema. Aliás, é impossível discutir a eventual quebra de sistema, no Direito Internacional, fingindo que as teorias existentes sobre sistemas não existem.

Questão bastante similar é enfrentada, por exemplo, no direito interno, quando se vê que uma mesma questão, envolvendo seqüestro de menores no exterior, possui enfoques e gera decisões díspares, quer se trate de um processo que tramite na Justiça Federal ou na Justiça Comum Estadual, por conta das peculiaridades desses subsistemas<sup>153</sup>. A Justiça Comum Estadual, com a cultura do Direito de Família, privilegia o Princípio do Interesse Superior do Menor, enquanto a Justiça Federal, tendo em vista as suas competências constitucionalmente previstas, dá mais ênfase à interpretação e aplicação dos tratados internacionais, com os quais o País se compromete.

O mesmo ocorre na esfera dos diferentes mecanismos de solução de controvérsias, de acordo com a cultura inerente a cada regime especializado, como se verá neste Capítulo 1, muito embora, não se tenha observado, até o momento, inconsistências interpretativas ou na aplicação nas normas jurídicas internacionais, como salienta Rayfuse<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> GASPAR, Renata Alves; AMARAL, Guilherme. **Sequestro Internacional de Menores: Os Tribunais Brasileiros Têm Oferecido Proteção Suficiente?** Belo Horizonte: Meritum, vol. 8. n.1, 2013. p. 379/382.

<sup>154</sup> RAYFUSE, Rosemary. op. cit.p.683.

Assim, mostra-se essencial que o conflito institucional, decorrente do surgimento de regimes autônomos, sejam eles, geográficos (por exemplo, normas internacionais regionais, de Direito Comunitário Europeu) ou materiais (por exemplo, Direito Internacional dos Direitos Humanos), em sua relação com outros regimes autônomos ou com o Direito Internacional geral, seja harmonizado, partindo das premissas já referidas, contidas no Relatório da Comissão de Direito Internacional.

Para se verificar a possibilidade de solução do conflito institucional de regimes autônomos, será necessário descrever o Caso MOX, para, posteriormente, avaliar as repercussões doutrinárias decorrentes, bem como, os casos que a ele se relacionam, no sentido da fragmentação do Direito Internacional, apontada pelo Relatório Koskeniemmi.

## **2.2 Descrição dos procedimentos judiciariformes do Caso MOX de Sellafield**

O Caso Mox de Sellafield provocou grande celeuma no mundo jurídico, pela possibilidade de decisões díspares<sup>155</sup>, oriundas de órgãos judiciariformes diversos, que operam na esfera internacional, em razão de atuarem sobre a mesma matéria de fundo.

O presente trabalho descreverá o procedimento de cada órgão judiciariforme internacional em questão, para depois mostrar como se desenvolveu o julgamento, no caso concreto em estudo.

Como tais julgamentos transcorreram, em boa parte do tempo, paralelamente, ao final, será feito um quadro comparativo, no qual, se poderá observar a linha do tempo de todos eles, o que pode auxiliar na compreensão do fenômeno como um todo.

O “Caso MOX”, como é chamado o complexo, que envolve a atuação de três órgãos judiciariformes internacionais distintos, foi iniciado em 18 de junho de 2001, quando a Irlanda ingressou com um pedido de arbitragem perante o OSPAR, contra o Reino Unido, pela alegada violação do artigo 9 da Convenção OSPAR, sob o fundamento de violação da obrigação de informar. O procedimento arbitral acha-se previsto no artigo 32 da mesma convenção.

O que teria ensejado o requerimento da Irlanda, por informações, teria sido a existência de uma instalação de produção de energia, a base de óxido misto (MOX deriva de “*mixed oxide*”, sendo um tipo de instalação industrial, não um nome próprio), localizada em Sellafield, no interior de um conjunto industrial produtor de energia nuclear.

Segundo fundamentaram as autoridades irlandesas, haveria a preocupação com aspectos ambientais, porque a região de Sellafield, onde as instalações em questão estão

---

<sup>155</sup>COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. op. cit.p.12.

localizadas, no Noroeste da Inglaterra, próximas ao Mar da Irlanda, que é um corpo de água comum aos dois países.

Em tendo sido autorizada a operação da usina, em 2001, a Irlanda buscou junto ao tribunal ITLOS, no mesmo ano, determinadas medidas provisionais. Importante ressaltar que aquele tribunal internacional rejeitou as impugnações do Reino Unido à jurisdição do tribunal baseado no Anexo VII da Convenção UNCLOS, com fulcro no artigo 282 daquela<sup>156</sup>.

Tendo em vista a existência da ordem datada de 03/12/2001, oriunda do ITLOS, que teria reafirmado a sua jurisdição, para processar e julgar o caso apresentado pela Irlanda, no tocante às medidas cautelares - por entender, consoante os termos do artigo 290(1), existirem elementos de que, à primeira vista, dariam esse ensejo-, o tribunal constituído do Anexo VII, pelas mesmas razões, segundo o ponto de vista do memorial, também teria jurisdição<sup>157</sup>.

Para comprovar a sua tese, o memorial irlandês transcreveu a fundamentação da decisão do tribunal internacional ITLOS, a qual, possui um trecho importante que é: “considerando que os procedimentos de solução de controvérsia sob a égide da Convenção OSPAR, de 1992; do Tratado da União Europeia e do Tratado EURATOM; lidam com disputa concernente à interpretação ou aplicação daqueles tratados, não com disputas relativas à esta convenção”. Esse raciocínio é bastante relevante para a discussão que se seguirá, ao longo da tese<sup>158</sup>.

De igual modo, o trecho a seguir, merece considerações, para a discussão iniciada neste trabalho: “considerando que, mesmo que a Convenção OSPAR, o Tratado da União Europeia e o Tratado EURATOM, contivessem direitos ou obrigações similares ou idênticas aos direitos e obrigações existentes nesta convenção, esses direitos e obrigações contidos nesses tratados e convenções possuem uma existência separada daqueles desta convenção”.<sup>159</sup>

Porém, o tribunal ITLOS negou o pleiteado pela Irlanda, no tocante à paralisação da operação da usina MOX e do transporte do material radioativo, exortando as partes a prosseguirem cooperando<sup>160</sup>.

Como consequência, após tentativas fracassadas de negociação direta, descritas no apêndice, bem como, em não tendo obtido as medidas de natureza cautelar, que pretendia, a

---

<sup>156</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). Acesso em 19/01/2016. p.97/98

<sup>157</sup> Ibid. p.98.

<sup>158</sup> Ibid. p.98.

<sup>159</sup> Ibid. p.98.

<sup>160</sup> Ibid. p.6.

Irlanda inicia o procedimento de arbitragem, previsto no artigo 32, da Convenção OSPAR, sendo o memorial datado de 07/03/2002<sup>161</sup>.

Alegou a Irlanda que o Reino Unido estaria se recusando a fornecer informações atinentes ao estado da área marítima em questão; a atividades ou medidas, afetando adversamente esse ambiente, ou ainda, que poderiam potencialmente afetá-lo; além de atividades ou medidas, introduzidas de acordo com o artigo 9(2) da Convenção OSPAR<sup>162</sup>.

Afirmou que, para a maior parte da informação solicitada, nos contatos diretos, o Reino Unido sequer teria esclarecido as razões da negativa, bem como, que, na parte onde os motivos foram expostos, alegou-se o risco de violação da confidencialidade comercial, nos termos do artigo 9(3) da Convenção OSPAR.<sup>163</sup> Também se teria chegado a afirmar que a prestação das informações traria risco à posição competitiva da BNFL, empresa que operava o sítio de Sellafield, mas a Irlanda alegou que inexistia competição nesse mercado relevante de combustível MOX, mas que, ainda que isso ocorresse, o interesse público na revelação das informações deveria prevalecer.<sup>164</sup>

Por essas razões, a Irlanda solicitou ao tribunal arbitral que ele ordenasse e declarasse que o Reino Unido teria descumprido as suas obrigações, nos termos do artigo 9o. da Convenção OSPAR, ao recusar a disponibilização das informações omitidas dos Relatórios PA e ADL, requeridas pela Irlanda; que, em consequência desse descumprimento, o Reino Unido fornecesse à Irlanda uma cópia completa de ambos os relatórios em questão; ou subsidiariamente, uma cópia deles, que contivesse todas as informações que o tribunal arbitral entendesse que não viessem a afetar negativamente a confidencialidade comercial, no sentido dado pelo artigo 9 (3) (d) , da Convenção OSPAR; e que o Reino Unido pagasse as custas do procedimento<sup>165</sup>.

A defesa do Reino Unido, em contramemorial de 06/06/2002, alegou que a Convenção OSPAR não teria criado um direito de obter informações, de forma direta; que, ainda que assim fosse, as informações pretendidas não se enquadrariam nos termos do artigo 9(2), da Convenção OSPAR; e que, mesmo que se enquadrassem, de qualquer forma, operaria o artigo 9(3)(d), da mesma convenção, que teria estabelecido exceção à liberação de tais informações, por conta da confidencialidade comercial.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). Acesso em 13/01/2016. p.1/52

<sup>162</sup> Ibid. p.4.

<sup>163</sup> Ibid. p.4.

<sup>164</sup> Ibid. p.4/5.

<sup>165</sup> Ibid. p.49.

<sup>166</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf). Acesso em 15/01/2016. p.1/2.

Após réplica (18/07/2002)<sup>167</sup>, tréplica (28/08/2002)<sup>168</sup>, audiências e cinco decisões interlocutórias, foi proferida decisão final, pelo tribunal arbitral, de 02/07/2003, no sentido de rejeitar o argumento de ausência de jurisdição, levantado pelo Reino Unido - e útil para pensar as questões de conflito institucional, levantados na presente tese -; rejeitou a alegação, também arguida pelo Reino Unido, de que o artigo 9(1) seria dirigido apenas às autoridades administrativas daquele país, não ao tribunal arbitral, com base na Convenção OSPAR; mas, por outro lado, entendeu que o artigo 9(2), da mesma convenção, não se aplicaria ao pleito irlandês e que haveria a exceção prevista no artigo 9(3)(d), de confidencialidade comercial, sendo aplicável à hipótese analisada<sup>169</sup>.

Pouco mais de quatro meses depois da entrega do memorial, perante o tribunal arbitral, estabelecido com base no artigo 32 da Convenção OSPAR, a Irlanda, em 26/07/2002, protocolizou um memorial - que equivale, processualmente, a uma petição inicial, nos procedimentos arbitrais descritos, com efeitos bastantes similares aos do Processo Civil -, em procedimento arbitral, inaugurado com fulcro no artigo 287 da Convenção UNCLOS, o que levou à implantação de um tribunal arbitral, com fulcro no Anexo VII da mesma convenção<sup>170</sup>.

Afirmou o memorial irlandês que o Reino Unido teria incidido em inúmeras violações à Convenção UNCLOS: não ter tomado todas as medidas consistentes com a Convenção UNCLOS, de 1982, que seriam necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição no Mar da Irlanda; não ter tomado todas as medidas necessárias para assegurar que a usina MOX não causaria dano por poluição à Irlanda e ao seu meio-ambiente; não ter tomado todas as medidas necessárias, para assegurar que essa poluição da usina MOX não se espalhasse para outras áreas, no exercício de seus direitos soberanos; não ter tomado as medidas necessárias para minimizar na maior extensão possível o lançamento de substâncias radioativas, em decorrência da autorização para o funcionamento da usina MOX; ter falhado ao implementar regras e padrões internacionais aplicáveis para prevenir, reduzir e controlar a poluição no Mar da Irlanda, decorrente da autorização do funcionamento da usina MOX; falhar em tomar todas as medidas necessárias para minimizar, ao máximo possível, a poluição de navios envolvidos no transporte de substâncias radioativas, associadas à usina MOX; falhar em assegurar o cumprimento, por navios operando com a sua bandeira ou com o seu registro, de normas e padrões internacionais aplicáveis, bem como, em assegurar que tais navios, associados ao

---

<sup>167</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf). Acesso em 18/01/2016. p.1/29.

<sup>168</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK %20-20%Rejoinder.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf). Acesso em 18/01/2016. p.1/14

<sup>169</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). Acesso em 19/01/2016. p.58

<sup>170</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf). Acesso em 19/01/2016. p.1

transporte de bens relacionados à usina MOX, fossem proibidos de partir, quando não cumprissem com tais normas e padrões; em tomar medidas destinadas a minimizar, no máximo possível, as descargas na atmosfera, de substâncias radioativas, decorrentes da autorização de funcionamento da usina MOX; e em adotar normas e regulamentos, bem como, tomar outras medidas necessárias à implementação das normas e padrões internacionais, para prevenir, reduzir e controlar a poluição no Mar da Irlanda e na atmosfera<sup>171</sup>.

Em razão de tais alegadas violações, pediu que se ordenasse ao Reino Unido, que se abstinhasse de autorizar ou de falhar em prevenir a operação da usina MOX e/ou movimentos internacionais de materiais radioativos, partindo ou vindo do Reino Unido, relacionados à operação da usina MOX ou qualquer atividade preparatória ou associada à operação da referida usina, em particular, o reprocessamento de combustível usado, na usina THORP, para os propósitos da usina MOX, até que fosse elaborado um estudo de impacto ambiental adequado, avaliando os impactos diretos e indiretos da operação da usina e instalações associadas, bem como, relacionados ao movimento internacional de materiais radioativos; além disso, até que fosse demonstrado que a operação da usina MOX e instalações associadas e movimentos internacionais de material radioativo relacionados resultariam em descargas deliberadas de materiais não-radioativos, inclusive rejeitos, direta ou indiretamente, no Mar da Irlanda; e ainda, que fosse acordada e adotada, conjuntamente com a Irlanda, uma estratégia ou plano abrangente, para prevenir, conter e responder a um ataque terrorista, na usina MOX e instalações associadas, além dos movimentos internacionais de rejeitos radioativos, ligados à usina<sup>172</sup>.

O Reino Unido, perante esse tribunal do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, defendeu-se, em contramemorial de 09/01/2003, sustentando, em primeiro lugar, que existiam dois outros procedimentos pendentes ou em via de serem iniciados - o caso resumido anteriormente, perante o tribunal arbitral da Convenção OSPAR, além de ameaças de procedimento perante a Corte Europeia de Justiça e um pleito de medidas provisionais, perante o tribunal ITLOS, de 09/11/2001<sup>173</sup>.

Afirmou, ainda, em sua defesa, que o tribunal arbitral do Anexo VII não teria jurisdição para decidir o caso, porque o artigo 288 (1) da Convenção UNCLOS refere-se, expressamente, a "disputa relativa à interpretação desta Convenção", havendo outros

---

<sup>171</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222..](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222..) Acesso em 19/01/2016. p.201.

<sup>172</sup> Ibid. p.247/248.

<sup>173</sup> Ibid. p.5/6



instrumentos internacionais referidos no memorial irlandês<sup>174</sup>. Também invocou-se o artigo 282 da mesma convenção, o qual, enfatizaria o aspecto suplementar da jurisdição UNCLOS, relativamente à jurisdição da Corte Europeia de Justiça, o que será discutido em detalhes, quando forem analisadas as repercussões do caso<sup>175</sup>.

No mérito, deduziu o Reino Unido que não violou as disposições contidas na Convenção UNCLOS, que, apesar de haver autorizado, construído e operado a Usina MOX, seguindo a abordagem da precaução, não teria identificado qualquer referência ao Princípio da Precaução no texto da convenção. Dessa forma, afirmou ser o pleito totalmente improcedente<sup>176</sup>.

Em seguida, veio a réplica (07/03/2003)<sup>177</sup>, a tréplica (24/04/2003)<sup>178</sup>, audiências, cinco decisões interlocutórias e a decisão final (somente em 06/06/2008)<sup>179</sup>, a qual, por sua vez, não decidiu o mérito, sendo meramente terminativa, por força de desistência da Irlanda, depois do feito ter ficado suspenso por aproximadamente cinco anos.

Por fim, há de se mencionar o quarto procedimento relativo ao Caso MOX, que se deu perante a Corte Europeia de Justiça, que recebeu o número C-459/03, que resultou de ação proposta pela Comissão das Comunidades Europeias, apoiada pelo Reino Unido - na qualidade de interveniente -, em face da Irlanda - apoiada pela Suécia, como interveniente -, em 30/10/2003, com base em alegada violação do artigo 226 do Tratado da Comunidade Europeia e do artigo 141, do Tratado EURATOM<sup>180</sup>.

A Comissão pediu à corte que declarasse o descumprimento dos artigos 10 e 292, do Tratado da Comunidade Europeia, bem como, dos artigos 192 e 193, do Tratado EURATOM, por haver a Irlanda iniciado o procedimento arbitral contra o Reino Unido, perante o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, por conta da Usina MOX, de Sellafield<sup>181</sup>.

A alegação da Comissão foi a de que a própria Irlanda, quando ratificou a Convenção UNCLOS, em 21/06/1996, teria declarado a transferência de suas competências para a Comunidade Europeia e que, esta última, teria feito declaração, detalhando tais competências,

<sup>174</sup> Ibid. p.98/99.

<sup>175</sup> Ibid. p.100.

<sup>176</sup> Ibid. p.198/240.

<sup>177</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226). Acesso em 19/01/2016. p.1/29.

<sup>178</sup> [www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil\\_id=228](http://www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil_id=228). Acesso em 19/01/2016. p.1/80.

<sup>179</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No.%2061846.pdf?fil\\_id=1112](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No.%2061846.pdf?fil_id=1112). Acesso em 19/01/2016. p.1/2.

<sup>180</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. Acesso em 13/01/2016. p.1/2.

<sup>181</sup> Ibid. p.3.

de modo que, os temas levantados pela Irlanda no procedimento arbitral estariam cobertos pela competência exclusiva da Comunidade Europeia, agora União Europeia<sup>182</sup>.

Entendeu a Corte Europeia de Justiça que o procedimento desencadeado pela Irlanda, no tribunal arbitral UNCLOS, deveria ser enquadrado nos termos do artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias, porque, consoante o artigo 296 daquele, as decisões tomadas pelo tribunal arbitral UNCLOS seriam definitivas e vinculantes, para as partes em conflito<sup>183</sup>.

Subsidiariamente, a Irlanda alegou que, caso a Corte houvesse chegado à conclusão que as disposições invocadas fariam parte do direito comunitário – como, de fato, chegou -, que a Corte também considerasse as disposições relativas à solução de controvérsias, da Convenção UNCLOS, como modo de solução de controvérsias previsto no Tratado das Comunidades Europeias<sup>184</sup>, o que foi rejeitado, porque uma convenção internacional não poderia violar a competência exclusiva da Corte Europeia de Justiça, quanto à solução de controvérsias entre Estados-membros, no que toca à interpretação e aplicação do direito comunitário<sup>185</sup>.

Por isso, os artigos 220 e 292 do Tratado das Comunidades Europeias proibiriam o acesso ao tribunal arbitral da Convenção UNCLOS, para a solução da disputa relativa à usina MOX<sup>186</sup>.

A única parte desse entendimento, que não decorreria da leitura do memorial irlandês no Caso UNCLOS, seria a referente aos riscos ligados ao terrorismo, mas não seria necessário responder se essa parcela da causa seria de direito comunitário, porque a maior parte da disputa se referiria a ele, cabendo à Corte Europeia de Justiça identificar os elementos da disputa, que diriam respeito às disposições do tratado internacional, que não estariam abrangidos por tal competência, ou seja, teria ela a "*kompetenz-kompetenz*"<sup>187</sup>..

Em se tratando de competência exclusiva da corte, como por ela entendido, os argumentos irlandeses, quanto às vantagens de um procedimento de arbitragem, nos termos do artigo VII da Convenção UNCLOS, deveriam ser rejeitados. Tais vantagens não poderiam justificar que um Estado-membro se exonerasse das obrigações contidas no Tratado das

---

<sup>182</sup> Ibid. p.4/8.

<sup>183</sup> Ibid. p.53.

<sup>184</sup> Ibid. p.53.

<sup>185</sup> Ibid. p.53.

<sup>186</sup> Ibid. p.54.

<sup>187</sup> Ibid. p.54.

Comunidades Europeias<sup>188</sup>. Quanto à alegada urgência e necessidade de medidas provisionais, afirmou a Corte, tais medidas poderiam vir a ser decididas nos processos a ela submetidos<sup>189</sup>.

Dessa forma, as três acusações contra a Irlanda foram consideradas procedentes. Por fim, a Irlanda foi condenada nas despesas, enquanto a Suécia e o Reino Unido arcaram com as suas próprias<sup>190</sup>.

### 2.3 Repercussões do Caso MOX na Doutrina

O Caso MOX, acima descrito, causou repercussões importantes, na doutrina do Direito Internacional, sendo bastante comentado.

Houve, igualmente, repercussões na esfera institucional. Um exemplo evidente foi o estremecimento nas relações entre o Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar (ITLOS) -, o qual concedeu, apenas parcialmente, as medidas provisionais, requeridas pela Irlanda, além de haver afirmado a sua jurisdição, à primeira vista, como dito – e a Comissão Europeia, que ajuizou perante a Corte Europeia de Justiça a reclamação contra a Irlanda.

Tanto é verdadeiro que existiu essa deterioração nas relações institucionais entre o sistema das Nações Unidas e o regional europeu, que a Comissão Europeia, na pessoa de Joe Borg, membro da Comissão Europeia para os Pesqueiros e Assuntos Marítimos, proferiu palestra na Conferência do Tribunal Internacional dos Direitos do Mar, em Hamburgo, no dia 02/09/2005, com o título “Os Oceanos e o Direito do Mar: Em Direção a Horizontes Novos”, na qual, a Comissão Europeia afirmou ter atuado em seu dever, estabelecido em acordos europeus, de assegurar e defender a integridade da ordem jurídica comunitária, o que, de modo algum, refletiria uma percepção pejorativa da autoridade daquele tribunal<sup>191</sup>.

Ora, se um órgão executivo de uma organização internacional regional necessitou dizer a um tribunal internacional, organizado sob a égide de uma Convenção das Nações Unidas, como é o caso da Convenção de Montego Bay, que não considera a sua autoridade menor, é porque teria havido a sensação de que a instituição regional assim raciocinou. Caso contrário, nada precisaria ser dito.

Há, a esse respeito, três artigos<sup>192193194</sup> essenciais à compreensão do ponto de vista doutrinário, da relação entre os diferentes regimes jurídicos autônomos – seja, *ratione*

<sup>188</sup> Ibid. p.54.

<sup>189</sup> Ibid. p.55.

<sup>190</sup> Ibid. p.64.

<sup>191</sup> BORG, Joe. **Oceans and the Law of the Sea: Towards New Horizons**. In [http://www.eu-un.europa.eu/articles/en/articles/en/article\\_5001\\_en.htm](http://www.eu-un.europa.eu/articles/en/articles/en/article_5001_en.htm). Acesso em 04/06/2014. p. 3.

<sup>192</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education**. Fiesole: European Journal of Legal Studies. In <http://www.ejls.eu/1/3UK.htm>. Acesso em 03/06/2014. 17 p.

*materiae*, seja *ratione loci* – e entre eles e o Direito Internacional geral, também envolvendo os seus mecanismos de solução de controvérsias e as instituições encarregadas de dizer o direito, em cada um deles. Cada um desses artigos apresenta um enfoque específico, apesar de partirem das decisões proferidas no Caso MOX.

O artigo “*Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education*” é o mais ácido, com relação à postura institucional da Comunidade Europeia, entendendo que a atuação da Comissão Europeia e a decisão da Corte Europeia de Justiça teriam recaído no que existiria de mais velho e conservador, em matéria de relação entre a ordem internacional e ordem interna. Teria sido uma continuação do entendimento, típico do século XIX, de que a ordem interna teria precedência sobre a ordem internacional<sup>195</sup>.

O primeiro item a ser considerado, no tema das repercussões do Caso MOX é da subsidiariedade do mecanismo de solução de controvérsias, previsto no sistema da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

### 2.3.1 A Questão da Subsidiariedade

Sem embargo, acerca da questão da subsidiariedade, Koskenniemi considerou que a Corte Europeia de Justiça teria imaginado a União Europeia como um soberano, cujas leis superariam as de qualquer outra estrutura normativa. Assim, ao apelar para o Direito Internacional contra o Reino Unido, a Irlanda teria violado a soberania do Direito Comunitário, como os dissidentes soviéticos, que teriam recorrido à Convenção das Nações Unidas de 1966 sobre Direitos Civis e Políticos, para quebrar o absolutismo reinante na ordem soviética<sup>196</sup>.

É possível formular uma crítica a essa comparação, porque a própria Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar teria um dispositivo, o artigo 282, que trataria da natureza subsidiária do seu mecanismo de solução de controvérsias, relativamente aos mecanismos de solução de controvérsia regionais ou de outra natureza, desde que, houvesse a previsão de decisões vinculantes em tais acordos<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p. 223/245.

<sup>194</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p. 211/240.

<sup>195</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education**. op. cit. p.1.

<sup>196</sup> Ibid. p.1.

<sup>197</sup> LOCK, Tobias. **The European Court of Justice and International Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2015.p.119.

Porém, como salientado pelo tribunal ITLOS, a disputa não envolveria a interpretação do Tratado EURATOM, nem do Tratado da União Europeia, de modo que, o artigo 282 da Convenção UNCLOS não seria aplicável.<sup>198</sup>

Convém verificar, por conseguinte, a redação do artigo 282 da Convenção UNCLOS, para se saber se a interpretação de Koskenniemi e do tribunal ITLOS são aceitáveis, *verbis*:

*“Article 282*

*Obligations under general, regional or bilateral agreements*

*If the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of this Convention have agreed, through a general, regional or bilateral agreement or otherwise, that **such dispute** shall, at the request of any party to the dispute, be submitted to a procedure that entails a binding decision, that procedure shall apply in lieu of the procedures provided for in this Part, unless the parties to the dispute otherwise agree”.*(grifa-se)

Ora, a disputa que, “a requerimento de qualquer parte” poderia ser “submetida a um procedimento que leve a uma decisão vinculante”, de algum acordo geral, regional ou bilateral ou de qualquer outra característica, aplicado “em lugar dos procedimentos providos” pela Parte XV, da Convenção UNCLOS, é a “disputa relativa à interpretação ou aplicação desta Convenção”, segundo uma interpretação mais estrita, de acordo com a letra do dispositivo.

Por essa razão, a interpretação dada por Koskenniemi, em seu artigo, é, para dizer o mínimo, bastante razoável, não se aplicando a subsidiaridade, na forma como haviam entendido, tanto o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, quanto a Corte Europeia de Justiça. Nesse ponto, também incide a crítica de Röbben<sup>199</sup>, no segundo artigo a ser considerado nessa análise das repercussões doutrinárias do Caso MOX, no campo processual.

O artigo tem seu foco na ordem do tribunal arbitral UNCLOS, no sentido da suspensão dos procedimentos do Caso MOX. Iniciou a exposição do caso, afirmando que a encruzilhada jurisdicional ocorreu, exatamente, porque três regimes jurídicos convencionais substantivos, cada qual, com o seu próprio sistema de solução de controvérsias, se aplicariam ao mesmo conjunto de fatos.<sup>200</sup>

<sup>198</sup>Ibid.p.119.

<sup>199</sup>RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.223/245.

<sup>200</sup> Ibid..p.223.

O artigo faz uma crítica à decisão de 24/06/2003, de suspender os procedimentos, naquele tribunal arbitral UNCLOS, até que a Corte Europeia de Justiça decidisse certas questões do Direito Comunitário, que o caso apresentaria.<sup>201</sup> A questão da suspensão dos procedimentos, pelo tribunal arbitral UNCLOS também foi objeto de análise, por parte de Webb, que entende ter ocorrido, para o fim de prevenir a litigância simultânea, além da corte poder vir a beneficiar-se do precedente julgado pela Corte Europeia de Justiça, neste ou em outro caso.<sup>202</sup>

Em sua crítica, o artigo de Röben baseia-se, tanto nos resultados decorrentes da decisão de suspensão dos procedimentos, quanto nos próprios fundamentos da decisão, em si<sup>203</sup>. No entender do doutrinador, o tribunal arbitral falhou, ao desconsiderar o fato do Tribunal Internacional do Direito do Mar haver decidido, anteriormente, que, apesar dos outros regimes autônomos serem igualmente aplicáveis, isso não afetaria a jurisdição daquele tribunal. Por isso, Röben<sup>204</sup> afirmou não entender o mistério do tribunal arbitral, do Anexo VII da UNCLOS haver chegado à conclusão de que existiriam dúvidas substanciais à sua jurisdição.

O único fato novo, entre a decisão anterior do tribunal internacional ITLOS e aquela do tribunal arbitral UNCLOS teria sido a manifestação da União Europeia de deixar clara a sua intenção de utilizar o artigo 226 da Convenção Europeia, o que seria totalmente irrelevante, para a jurisdição do tribunal arbitral UNCLOS.<sup>205</sup>

O próprio tribunal arbitral não fundamenta a sua decisão suspensiva nesse item, mas, em uma interpretação jurídica da Parte XV, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, sem contudo, debater adequadamente, levando em consideração os argumentos jurídicos divergentes, das mesmas provisões, utilizados pelo tribunal internacional ITLOS.<sup>206</sup>

Porém, autores como Noyes afirmam que a jurisdição residual somente existe para o tribunal internacional ITLOS, com base nos artigos 290 e 292 da Convenção UNCLOS, em situações muito específicas, como é o caso de medidas de urgência e pronta liberação de navios apresados.<sup>207</sup> Dessa forma, faria sentido que o tribunal internacional ITLOS houvesse

---

<sup>201</sup> Ibid.p.224.

<sup>202</sup> WEBB, Philippa. **International Judicial Integration and Fragmentation**. Oxford: Oxford University Press, 2013.p. 223.

<sup>203</sup> RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit.p.229.

<sup>204</sup> Ibid. p.230.

<sup>205</sup> Ibid. p.230.

<sup>206</sup> Ibid. p.230.

<sup>207</sup> NOYES, Joseph. **The International Tribunal for the Law of the Sea**. Ithaca: Cornell International Law Journal, vol. 32, 1999.p. 177.

afirmado que o fato de outros regimes autônomos serem igualmente aplicáveis, não afetaria a sua jurisdição, especificamente, para decidir medida de urgência, no Caso MOX.

Prossiguiu Röben, esclarecendo que o tribunal arbitral UNCLOS assim procedeu, sem levar em consideração a estrutura da Parte XV da mesma convenção internacional, a qual, prevê a existência de uma única função jurisdicional, que seja capaz de proferir decisões, que não sejam mutuamente contraditórias, mesmo existindo uma fase de medidas provisionais e uma de mérito, administradas por órgãos judiciariformes distintos (tribunal internacional ITLOS e tribunal arbitral UNCLOS)<sup>208</sup>.

Esses argumentos levam a uma discussão existente na doutrina sobre tais fases, existentes no subsistema da Parte XV da Convenção UNCLOS. Apesar de, teoricamente, fazerem parte de um mesmo subsistema, como diz Röben, há uma enorme diferença na sua origem e aceitação pelos Estados. Esse raciocínio é muito bem exposto, quando se chama a atenção para o fato do artigo 290 (5) da Convenção UNCLOS prever a possibilidade do tribunal internacional ITLOS ser competente para decidir sobre medidas de natureza cautelar, enquanto pendente de constituição um tribunal arbitral ad hoc, preferido pelas partes para decidir sobre o mérito da causa<sup>209</sup>. Assim, o fato do tribunal internacional ITLOS ter decidido possuir a competência *prima facie*, segundo a regra geral do artigo 290, da mesma convenção, para decidir sobre medidas cautelares, não necessariamente, implicaria a competência de órgãos judiciariformes do subsistema UNCLOS de decidir sobre o mérito ou, ao menos, de fazê-lo, exclusivamente.

De fato, faz-se necessário estudar mais detidamente a forma como é distribuída a competência para processar e julgar, dentre os diferentes órgãos judiciariformes do subsistema.

Em primeiro lugar, observa-se que o sistema de solução de controvérsias da Convenção UNCLOS contém o dispositivo do artigo 287, que prevê várias possibilidades de escolha, pelos Estados, quanto aos foros, que resolverão as suas disputas, porque os ditos Estados foram inábeis, na época da negociação do acordo internacional. Havia um grupo de Estados que preferia a Corte Internacional de Justiça, para que a jurisprudência sobre o Direito do Mar pudesse se desenvolver uniformemente, como é o caso do Japão e da Suécia; outro, que preferia a arbitragem, por sua rapidez e informalidade, como pretendiam a França e o Reino Unido; um terceiro grupo preferia uma arbitragem, com regras especiais, para temas

---

<sup>208</sup>RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit.p.230.

<sup>209</sup>LANDO, Massimo. **Establishing the Existence of a Dispute under UNCLOS at the Provisional Measures Stage: The Enrica Lexie Case.** Napoli: Questions of International Law, vol. 22, 2015.p.3.

específicos, em função da natureza técnica dessas especialidades, como se deu com a União Soviética e alguns países da Europa do Leste; e, por fim, havia um quarto grupo que desejava um novo tribunal internacional para Direito do Mar, como foi o caso de alguns países africanos e latino-americanos.<sup>210</sup>

Além disso, há uma quinta opção, representada pelos métodos de solução de controvérsias de outros acordos, com decisões vinculantes, com base no artigo 282 da mesma convenção, conforme o já estudado.<sup>211</sup>

Por outro lado, o motivo da existência das duas fases no subsistema UNCLOS, a cautelar e a de decisão no mérito, também foi a dificuldade de negociação entre os Estados, que fazem parte da convenção em questão. Havia uma dúvida, no tocante à atribuição de competência para decidir medidas cautelares, quando não houvesse uma expressa indicação de algum tribunal pelas partes envolvidas, o que faria com que se fizesse uso da jurisdição compulsória residual lá prevista. Ao contrário do que ocorria em outros casos do artigo 287 da mesma convenção, se essa competência fosse atribuída a um tribunal arbitral, poderia haveria risco à preservação do bem da vida em disputa e à lide de dano, tendo em vista o tempo que se levaria para se constituir esse tribunal *ad hoc*.<sup>212</sup> Só por isso, o tribunal internacional ITLOS ganhou tamanha importância, no desenho institucional da Convenção UNCLOS, nos termos do artigo 290 daquela.

O mesmo não se repetiu, no tocante à fase de conhecimento do mérito, exceto em temas muito específicos, nos quais, o tribunal internacional ITLOS é bastante acionado, como ocorre com a mineração no leito oceânico<sup>213</sup>, além do campo das opiniões consultivas, que refogem à função jurisdicional<sup>214</sup>.

E por que não se repetiu essa atribuição de um papel central na Convenção UNCLOS, ao tribunal internacional em tela? Porque os Estados temem entregar o destino de suas políticas nas mãos de um órgão que não podem controlar e porque isso implicaria admitir o fracasso de sua diplomacia. Assim, a invocação de uma cláusula de jurisdição compulsória, no mérito da causa é, para os Estados, um último recurso.<sup>215</sup>

---

<sup>210</sup> NOYES, John E. **Treaty Interpretation and Definitions in the Law of the Sea Convention: Comments on Defining Terms in the 1982 Law of the Sea Convention**. San Diego: California Western International Law Journal, vol. 32, n. 2, 2001.p. 119.

<sup>211</sup> Ibid. p. 119/120.

<sup>212</sup> Ibid. p. 136.

<sup>213</sup> Ibid. p. 138.

<sup>214</sup> Ibid. p. 137.

<sup>215</sup> SERDY, Andrew. **The Paradoxical Success of UNCLOS Part XV: A Half-Hearted Reply to Rosemary Rayfuse**. Wellington: Victoria University of Wellington Law Review, vol 36, 2005.p. 715.



Logo, dadas as suas origens diversas, relativamente à época em que as negociações da Convenção UNCLOS foram entabuladas, não é de se estranhar que o tribunal arbitral do Anexo VII, uma espécie de refúgio dos Estados de uma jurisdição permanente - capaz de formar precedentes contra os seus interesses -, tome decisões contrárias àquelas do tribunal internacional ITLOS, até mesmo, no tocante à competência do sistema de solução de controvérsias da Convenção UNCLOS. Tudo isso, apesar de, hipoteticamente, formarem um subsistema.

Especificamente, quanto à Convenção Europeia, afirmou Röben que o meio correto de tratar a questão seria outro que o da suspensão dos procedimentos, perante a Convenção UNCLOS. Afirmou o tribunal arbitral UNCLOS que o fato do direito comunitário potencialmente abranger uma parte substancial da disputa, traria à baila a questão da divisão de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros, no que toca à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, logo, remeteria também para a causa proposta pela Irlanda e para a resposta do Reino Unido. Dessa forma, caberia à Corte Europeia de Justiça decidir sobre as questões comunitárias, conforme do artigo 282 da Convenção UNCLOS.<sup>216</sup>

Deveras, como salienta Hofstätter, a Corte Europeia de Justiça possui o monopólio da interpretação do Direito Comunitário, com base no artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias, de tal maneira que, os Estados estão proibidos de submeter uma disputa, que se relacione à interpretação ou aplicação desse tratado europeu a qualquer outro método de solução de controvérsias.<sup>217</sup>

No entanto, a União Europeia concluiu uma pletora de tratados internacionais, em seu próprio nome e conjuntamente com Estados-membros, de modo que a corte tem sido, continuamente, compelida a interpretar e aplicar tratados, que podem conter os seus próprios métodos de solução de controvérsias<sup>218</sup>, de modo que se faz necessário definir quais seriam os precisos limites desse monopólio jurisdicional, sendo, para tanto, necessário estabelecer as relações existentes entre a microperspectiva do Direito Comunitário e a macroperspectiva do Direito Internacional, acerca dos métodos de solução de controvérsias inter-estatais.<sup>219</sup>

---

<sup>216</sup>RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.236.

<sup>217</sup>HOFSTÖTTER, Bernhard. **'Can She Excuse My Wrongs?'**The European Court of Justice and International Courts and Tribunals. Zagreb: Croatian Yearbook of European Law and Policy, vol. 3, 2007.p.393.

<sup>218</sup>Ibid. p.393.

<sup>219</sup>Ibid. p.393.

Sobre o tema, especificamente no que toca ao Caso MOX, Röben afirma existirem três questões a serem resolvidas: o *status* das partes, em relação à Convenção UNCLOS, tanto no que se refere à Comunidade Europeia, quanto aos seus Estados-membros; o impacto que a divisão interna de competência entre a Comunidade Europeia e seus Estados-membros, no que tange a assuntos da Convenção UNCLOS, poderia ter sobre os procedimentos instituídos com base na Parte XV da mesma convenção; e a competência do tribunal arbitral constituído com base no Anexo VII da Convenção UNCLOS para lidar com tais assuntos comunitários.<sup>220</sup>

Afirma o doutrinador que, ao invés de fundí-los, como fez o tribunal arbitral, eles deveria ter sido analisados separadamente. Se houvesse assim procedido, os assuntos relacionados à Comunidade Europeia e sobre a Convenção OSPAR teriam sido postos de lado, tendo prosseguido no julgamento de mérito.<sup>221</sup>

Em outras palavras, a melhor técnica que poderia ter sido utilizada no Caso MOX, para estabelecer uma relação harmônica entre a perspectiva da interpretação e aplicação do Direito Comunitário e a interpretação e aplicação do Direito Internacional especial seria a separação das questões apresentadas no artigo de Röben, quando da apreciação da competência do tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS, independentemente do que entendesse a Corte Europeia de Justiça, quando do julgamento do processo movido pela Comissão Europeia contra a Irlanda.

É de se notar, conforme observa Hofstötter, que o artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias era letra morta, para a Corte Europeia de Justiça, até passasse a ocupar o "palco central" neste julgamento do feito da Comissão contra a Irlanda<sup>222</sup>.

Quanto ao primeiro tópico referido por Röben, reconhece-se que o fato de ambas as partes serem também membros da Comunidade Europeia traz uma dificuldade especial ao caso. A dificuldade decorreria também do fato de, tanto os Estados-membros, quanto a própria Comunidade Europeia serem partes da Convenção UNCLOS. Tal convenção permite o acesso por parte de organizações internacionais, possuindo competência sobre temas tratados pela convenção em questão, excluindo a dos Estados-membros. Para tanto, a organização internacional faz uma declaração, especificando as matérias regidas pela

---

<sup>220</sup>RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafeld: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.236.

<sup>221</sup> Ibid. p.237.

<sup>222</sup> HOFSTÖTTER, Bernhard. op. cit. p.393.

Convenção UNCLOS, em respeito a quais, teria sido transferido a competência, conforme os artigos 2, 3 e 5 da Convenção UNCLOS, Anexo IX.<sup>223</sup>

O problema, por conseguinte, foi criado pelo fato da Convenção ser mista, ou seja, não ter apenas Estados como signatários, o que é um problema bastante novo, no longo horizonte histórico do Direito Internacional, uma vez que, no Direito Internacional tradicional, mesmo pouco tempo depois da criação da Organização das Nações Unidas, somente os Estados poderiam ser sujeitos de direitos e obrigações, na esfera internacional, o que incluía ser parte em tratados internacionais<sup>224</sup>.

Toda a querela ocorrida entre o subsistema especializado europeu e o subsistema especializado do Direito do Mar - e, por conseguinte, os temores sobre o risco de fragmentação do Direito Internacional, por conta da competição entre cortes internacionais e o risco de decisões conflitantes sobre a mesma causa de pedir -, portanto, decorre de um fenômeno pretérito que foi o surgimento dos novos sujeitos de Direito Internacional, já abordado, anteriormente, em outra obra, que estudava os efeitos da globalização econômica sobre o Direito Internacional<sup>225</sup>. Essa temática retornará no segundo capítulo, para se tentar compreender as origens da fragmentação do Direito Internacional.

Por ora, resta a observação de que o fato da Convenção UNCLOS ser um tratado misto é que originou toda a disputa entre o mecanismo de solução de controvérsias europeu, especializado por questões geográficas, e o subsistema da Convenção de Montego Bay, especializado por tema. Se, somente os Estados fossem parte da convenção, não se daria ensejo à interpretação dada pela Corte Europeia de Justiça, de que a convenção mista teria o mesmo *status* jurídico de uma convenção, na qual somente a União Europeia seria parte, no ordenamento jurídico europeu. Logo, uma vez concluído o acordo misto, ele se tornaria parte integrante do Direito Comunitário<sup>226</sup>. Com essa interpretação, a Corte Europeia de Justiça foi mais além, para invocar o artigo 292, o que é classificado como um mau uso do dispositivo, por Schmalenbach<sup>227</sup>, por se tratar de competências compartilhadas com os Estados-membros.

<sup>223</sup>RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit.p.237.

<sup>224</sup> PEDERNEIRAS, Raul. **Direito Internacional Compendiado**. 10 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.p.93.

<sup>225</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op.cit.p.197/300.

<sup>226</sup> LAVRANOS, Nikolaos. **Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals**. Heidelberg: Heidelberg Journal of International Law, 2008.p. 581/582.

<sup>227</sup> SCHMALENBACH, Kirsten. **Struggle for Exclusiveness**. In BUFFARD, Isabelle et al (Orgs.). **International Law Between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 1053/1054.

Assim o é porque, conforme o artigo 5(3), do Anexo IX, da Convenção UNCLOS, os Estados-parte possuem competência sobre todas as matérias tratadas na dita convenção, em caso de não se haver declarado, notificado ou comunicado qualquer transferência. Tal situação reflete a divisão interna de competências entre a Comunidade Europeia e seus Estados-membros, sob o Tratado de Roma.<sup>228</sup> No caso de pescueiros, por exemplo, a competência da Comunidade Europeia excluiria a dos Estados-membros, sendo exclusiva.

Quanto ao meio-ambiente, ele seria compartilhada. Assim, como esclarece Røben, as normas comunitárias não excluiriam, de *per si*, a atuação externa dos Estados-membros, mas, somente na medida em que tal ação possa afetar a operação das normas comunitárias.<sup>229</sup>

De igual modo, o artigo 292 somente poderia ser utilizado, caso a questão envolvesse a aplicação e a interpretação do Tratado das Comunidades Europeias, o que não é o caso da Convenção UNCLOS. Como afirma Hofstötter, há uma enorme área cinzenta entre a "interpretação e a aplicação do Tratado das Comunidades Europeias" e "tema contido no Tratado das Comunidades Europeias", porque, nesse caso, aplicar-se-ia o artigo 239 do Tratado das Comunidades Europeias, que se refere a uma jurisdição "opcional" da Corte Europeia de Justiça. Somente o primeiro caso desafiaria a aplicação do artigo 292 do mesmo tratado<sup>230</sup>.

De fato, consistente com tal situação interna europeia, o Anexo IX da Convenção UNCLOS, que contém a declaração do organismo regional, prevê que aquela comunidade teria competências exclusivas para certas matérias e dividiria competência com seus Estados-membros, para outras. Dentre as competências compartilhadas estão transporte marítimo, segurança na navegação e prevenção da poluição marítima, por exemplo.<sup>231</sup>

Nesses pontos, a competência da Comunidade Europeia se limitaria àquelas disposições da Convenção UNCLOS ou instrumentos legais adotados para a implementação, que afetem normas comunitárias. No caso de normas comunitárias não serem afetadas, a competência dos Estados-membros exclui a da Comunidade Europeia.<sup>232</sup>

Esse raciocínio jurídico se concatena com a própria razão de ser do artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias, o qual diz respeito à manutenção da autonomia do Direito Comunitário, que só é possível, mediante a sua interpretação e aplicação uniformes,

---

<sup>228</sup>RØBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.238.

<sup>229</sup> Ibid. p.238.

<sup>230</sup> HOFSTÖTTER, Bernhard. op. cit.p.394.

<sup>231</sup>RØBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.238.

<sup>232</sup> Ibid. p.238/239.

sendo as cortes comunitárias as únicas competentes - relativamente às nacionais - de criar ou revelar o Direito Comunitário<sup>233</sup>. Por isso, a sua aplicação só faz sentido, no que se refere à "interpretação e aplicação" do Tratado das Comunidades Europeias, o que origina a diferenciação nas competências (exclusiva e compartilhada com os seus Estados-membros), constante da declaração do organismo internacional, quando da celebração da Convenção UNCLOS.

No caso, portanto, das matérias de competência exclusiva da Comunidade Europeia, os Estados-membros permanecem formalmente partes da Convenção UNCLOS, mas, não seriam materialmente responsáveis nessas questões da convenção. Isso seria verdadeiro, tanto para terceiros Estados, quanto para as suas relações internas.<sup>234</sup> No que tange às competências compartilhadas, porém, os Estados-membros são, em princípio, competentes, logo, materialmente responsáveis pelo cumprimento das obrigações procedimentais, substanciais e cooperativas, previstas na Convenção UNCLOS.<sup>235</sup>

Assim, a única particularidade do *status* da Comunidade Europeia, como parte da Convenção UNCLOS, quanto às competências compartilhadas, é que os Estados-membros não são competentes para agir de forma unilateral, na medida em que tal ação possa afetar alguma norma comunitária. Quando tais normas comunitárias tornam-se inadequadas, em relação aos padrões estabelecidos pela Convenção UNCLOS, os Estados-membros são obrigados a cooperar através do mecanismo europeu de solução de controvérsias, para remediar a situação.<sup>236</sup>

Qual norma comunitária poderia ser afetada pela atuação do tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, com competência para processar e julgar feitos que digam respeito à interpretação e aplicação da Convenção UNCLOS? É exatamente a pergunta que faz Hofstötter, uma vez que a Corte Internacional de Justiça e a "terra desconhecida" dos tribunais arbitrais não podem ser vistos como ameaças à autonomia do Direito Comunitário<sup>237</sup>.

Muito embora tenham sido mencionados dispositivos legais de Direito Comunitário, na peças trazidas pelas partes, em especial, pela postulação irlandesa, como se pode ver do apêndice, a mera menção a assunto coberto pelo Direito Comunitário não autorizaria a aplicação do artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias. Caso contrário, o mundo

<sup>233</sup> HOFSTÖTTER, Bernhard. op. cit. p.394.

<sup>234</sup> RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.239.

<sup>235</sup> Ibid. p.239.

<sup>236</sup> Ibid. p.239.

<sup>237</sup> HOFSTÖTTER, Bernhard. op. cit. p.404.

assistiria a um virtual monopólio da Corte Europeia de Justiça para a interpretação e aplicação da Convenção UNCLOS, sempre que a questão envolvesse seus Estados-membros, já que a Convenção UNCLOS é parte integrante do Direito Comunitário como um todo, o que é um rematado absurdo.

E um "monopólio" de dizer o Direito Internacional especial, como é o Direito do Mar, sem que qualquer peculiaridade regional esteja envolvida, podendo redundar em atitudes bastante diversas, de acordo com o órgão judiciariforme, que receba essa causa, o que é mostrado pela diferença de atitudes a respeito entre o tribunal arbitral OSPAR, o tribunal internacional ITLOS e o tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS, o que não passou despercebido a Lavranos<sup>238</sup>.

Acerca da questão das normas comunitárias e das competências relacionadas, é de se assinalar, que, quando a norma comunitária apenas estabelece parâmetros mínimos e deixa para os Estados-membros a adoção de medidas mais completas, não há obstáculo à ação unilateral do Estado-membro. É o que ocorre, por exemplo, com a Diretiva 85/337/EC, referida pelo Reino Unido, no Caso MOX. O mesmo se daria com a Diretiva do Conselho EURATOM 96/28 ou com a Diretiva 90/313/EEC, também referidas pelo Reino Unido.<sup>239</sup>

Segundo esse raciocínio, não se justificaria a invocação ao monopólio jurisdicional da Corte Europeia de Justiça, com base no artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias, apenas porque a Convenção UNCLOS faz parte integrante do Direito Comunitário, como ocorreu.

Essa discussão acaba levando o debate do campo puramente processual, para o campo da relação entre o Direito Comunitário e o Direito Internacional e dos regimes especiais - por matéria ou por questões regionais -, afirmando Koskenniemi que a visão da Corte Europeia de Justiça sobre o Direito Comunitário e o Internacional seguiria a ortodoxia do Direito Público Alemão, do final do século XIX, onde, para os órgãos comunitários, o primado do Direito Comunitário seria imposto como uma necessidade constitucional, articulando-se com o raciocínio expostos nos parágrafos anteriores.

Isso corresponderia à posição dualista tradicional, que Koskenniemi entendeu ser, na realidade, uma posição monista, com o primado da ordem nacional. As instituições europeias

---

<sup>238</sup> LAVRANOS, Nikolaos. op. cit. p.583.

<sup>239</sup>RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.240.

não seriam capazes de ver, nada além do que o seu próprio sistema jurídico, julgando-se tudo o mais que ocorresse no mundo, segundo a sua perspectiva.<sup>240</sup>

Nesse mesmo sentido, assinalam Van Vooren e Wessel<sup>241</sup>, que a União Europeia define o *status* de suas normas, relativamente à ordem jurídica de seus Estados-membros, mas que não existe sistema similar na ordem jurídica internacional, de tal modo que, nem todas as normas internacionais podem ser parte integral da ordem jurídica europeia, como se viu no Caso Intertanko, relativamente ao Tratado MARPOL. Há, portanto, uma internalização seletiva da norma internacional, operando tal escolha de normas, as instituições do ente supranacional. Ao atuar dessa forma, os entes supranacionais europeus agem como órgãos de um dado Estado soberano qualquer.

Esses aspectos de direito material repercutem no campo procedimental, previsto na Parte XV da Convenção UNCLOS. O Estado-parte, que inicia um procedimento, com base na Parte XV da Convenção UNCLOS, precisa comprovar que o caso em disputa relaciona-se à interpretação e aplicação da dita convenção e que não se refira à competência exclusiva da Comunidade Europeia. A Irlanda, efetivamente, fez isso, ao afirmar que a disputa se relacionava a disposições sobre meio-ambiente, da Convenção UNCLOS, acerca das quais, a competência é compartilhada, no regime comunitário. Isso não teria sido refutado pelo Reino Unido, mas, afirmou-se que a legislação comunitária cobriria tantos aspectos da convenção em tela, que se deveria considerar que a Comunidade Europeia necessitaria ser exclusivamente competente.<sup>242</sup>

Como consequência, o tribunal arbitral UNCLOS teria jurisdição, com base no artigo 287 da mesma convenção, para interpretar o Anexo IX, ou seja, a declaração da Comunidade Europeia, determinando a precisa delimitação de competências entre ela e seus Estados-membros.<sup>243</sup> Isso se dá pela necessidade de segurança jurídica, para se definir sobre a responsabilidade da organização internacional e/ou de seus Estados-membros.<sup>244</sup>

Assim, somente pelo fato de muitos aspectos da Convenção serem abrangidos pelo Direito Comunitário, através de outras normas comunitárias, ocorreu exatamente o inverso do previsto no artigo 287 da Convenção UNCLOS, tendo-se considerado teria de ser feita uma

<sup>240</sup>KOSKENNIEMI, Martti. **Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education**. op. cit.p.2.

<sup>241</sup>VAN VOOREN, Bart; WESSEL, Ramses A. **EU External Relations Law. Text, Cases and Materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.p. 221.

<sup>242</sup>RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafeld: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit.p.240/241.

<sup>243</sup>Ibid. p.241.

<sup>244</sup>Ibid. p.241.

espécie de separação, a qual, somente poderia ser exercida, segundo a interpretação do Reino Unido, pela Corte Europeia de Justiça, no exercício da "*kompetenz-kompetenz*".

Ao fazê-lo, a Corte Europeia de Justiça fica na cômoda posição de "escolher cerejas", separando apenas o que lhe interessa.

Koskenniemi recordou que esse tipo de ponto de vista somente seria utilizado, quando conveniente, porque, em uma situação, apenas ligeiramente diferente, porque se referiria ao regime autônomo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no Caso *Bankovic*, a Corte Europeia de Direitos Humanos teria entendido não possuir jurisdição para decidir sobre o bombardeio da Sérvia por aviões de guerra europeus, porque não poderia decidir sobre ações dos Estados europeus "fora da Europa" (sic) - da Comunidade Europeia, a rigor, porque a Sérvia fica na Europa, ainda que alguns se esqueçam disso, também, quando isso se mostra conveniente... -, quando não pudessem ser percebidos como atos regulares de administração do tipo que a mesma corte percebeu, no comportamento da Turquia no Norte de Chipre ou nas ações russas em Moldova.<sup>245</sup>

De fato, consoante Roxstrom, Gibney e Einarsen<sup>246</sup>, o Caso *Bankovic*, teria representado um retrocesso ao período colonial, no qual, existiriam os europeus e os outros, em termos de garantias e direitos, algo que teria sido encerrado, no pós-guerra, com a universalização dos direitos humanos. Afirmam os autores que o Caso *Bankovic* teria evidenciado que os europeus continuariam a demarcar quem está dentro e quem está fora, para fins de atribuição de direitos, inclusive os fundamentais, tendo a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos dado a impressão de que os direitos garantidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos terminariam nas fronteiras da Europa, alterando toda a sua jurisprudência anterior, dado uma nova interpretação para aquele texto jurídico e contrariando o próprio conceito de direitos humanos.

O caso refere-se a uma ação movida por cidadãos sérvios, em razão de bombardeio, realizado por dezessete países europeus, que teria atingido o prédio da Rádio e Televisão Sérvia (RTS), em Belgrado. No referido ataque, teriam morrido dezesseis pessoas. Muito embora o caso envolvesse questões bastante interessantes, como a responsabilidade de atos de Estados europeus, em ação concertada contra um terceiro Estado e padrões adequados para controlar a observância dos Estados-parte, no tocante ao direito à vida, em conflitos

<sup>245</sup>KOSKENNIEMI, Martti. **Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education**. op. cit.p.2.

<sup>246</sup>ROXSTROM, Erik; GIBNEY, Mark; EINARSEN, Terje. **The NATO Bombing Case (Bankovic et al. vs. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection**. Boston: Boston University International Law Journal, vol. 23, 2005.p.58/65.



armados.<sup>247</sup> Porém, a corte em questão limitou-se a examinar se o artigo primeiro da mencionada convenção teria estabelecido um limite territorial ao dever geral dos Estados-parte, de assegurar os direitos e garantias lá contidos.

O referido artigo assim reza, *verbis*:

*“The High Contracting Parties shall secure to **everyone within their jurisdiction** the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”*(grifa-se).

Assim, afirmam os mencionados autores que a questão que a corte teria se proposto a decidir seria se os Estados-membros poderiam fazer no exterior aquilo que estariam impedidos pela convenção de fazer em território europeu. Entendeu a corte que, como os cidadãos atingidos pelo bombardeiro não teriam qualquer relação com os Estados-membros da convenção, o pleito seria inadmissível.<sup>248</sup> Salientam os autores a ironia trazida pelo Caso Bankovic, porque o bombardeio, que deu origem ao processo, ocorreu exatamente porque a Europa interveio em um conflito no exterior, com a justificativa de defender os direitos humanos universais.<sup>249</sup>

A ironia torna-se ainda mais evidente, quando se verifica que muitos dos Estados-parte envolvidos no Caso Bankovic defendem a extraterritorialidade da jurisdição, no caso de violação aos direitos humanos, como ocorreu no Caso Pinochet.<sup>250</sup>

Assim, não só há uma espécie de seletividade, no que diz respeito à internalização das normas internacionais, no seio da União Europeia, como há uma seletividade, no que diz respeito ao tema e às partes e interesses envolvidos.

Quando a questão envolve o interesse de um dos grandes Estados-membros da União Europeia, em matéria de energia nuclear, mesmo contra o interesse de outros Estados-membros, exerce-se a atividade de interpretar e aplicar convenção internacional, apenas porque ela passou a fazer parte do Direito Comunitário, por conta do ingresso do organismo internacional de caráter regional, na convenção. Quando se trata de interpretar e aplicar o Direito Comunitário, em matéria relevante, como a da Convenção Europeia de Direitos Humanos, para eventualmente vir a condenar Estados-membros, que realizaram bombardeios no território de outros Estados europeus, de fora da união regional, matando civis inocentes, não interessa exercer esse poder.

---

<sup>247</sup> Ibid. p.57.

<sup>248</sup> Ibid. p.57/58.

<sup>248</sup> Ibid. p.62/63.

<sup>249</sup> Ibid. p.63/64.

<sup>250</sup> Ibid. p.63/64.

Isso faz surgir a interessante conclusão que, não apenas com relação ao Poder Judiciário de cada Estado-membro, mas também com relação ao resto do mundo, a Corte Europeia de Justiça teria o poder de dizer o Direito em última instância<sup>251</sup>, como a possuir o selo de soberania, da mesma maneira, em relação a todos os demais "*soi-disant*" soberanos do mundo. Como se fosse a Suprema Corte Internacional.

No Direito Internacional, esse tipo de papel seria dificilmente exercido, até mesmo, pela Corte Internacional de Justiça, como se observa da crítica de Sorel<sup>252</sup>, ao referir-se ao velho debate do controle de constitucionalidade no Direito Internacional, em especial das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, "*vis-à-vis*" o aborto da grande reforma da Organização das Nações Unidas, que se previa para 2005. Diz Sorel que nada foi proposto, em relação à Corte Internacional de Justiça, considerando ele que, mesmo que se entenda que se deixou ao talante daquela corte o papel de definir o seu próprio papel nesse esquema, isso seria inútil ou delicado.

Se o é para a Corte Internacional de Justiça, no que toca à interpretação e aplicação da Carta das Nações Unidas, que dirá para a Corte Europeia de Justiça, arvorando-se a dizer o direito em última instância e sobre a sua própria competência, em matéria substancialmente estranha ao seu subsistema - só não o sendo totalmente, pelo fato do conteúdo da Convenção UNCLOS haver sido incorporado ao Direito Comunitário -, aproveitando-se do fato dos organismos internacionais, na contemporaneidade, poderem ser sujeitos de direito e de deveres na esfera internacional e da conseqüente existência de tratados mistos.

Inegavelmente, a Corte Europeia de Justiça não foi criada para interpretar e aplicar a Convenção UNCLOS, mas o Direito Comunitário, como já se disse anteriormente. Muito embora, a Corte Europeia de Justiça possua competência para interpretar e aplicar a Convenção UNCLOS, que é um acordo misto, o artigo 292 da Convenção Europeia não autoriza que a Corte Europeia de Justiça tenha competência exclusiva, no que toca à aplicação e interpretação de outros diplomas, que não os relacionados com o Direito Comunitário.<sup>253</sup>

Convém seja dito que o "requisite de crueldade" da interpretação dada pela Corte Europeia de Justiça, para justificar o exercício da "*kompetenz-kompetenz*", que foi a utilização do artigo 282 da Convenção UNCLOS – que serviu como fundamento jurídico para que se

<sup>251</sup> BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la Republica**. 3 ed. Madrid: Technos, 1985.p. 78.

<sup>252</sup> SOREL, Jean-Marc. La Constitutionnalisation du Droit International: Conflits et Concurrence des Sources du Droit? Fausse Querelle, Mais Vraies Questions. FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel (Orgs). **Repenser le Constitutionnalisme à l'Âge de la Mondialisation et de la Privatisation**. Paris: Societé de Législation Comparée, 2011.p.28.

<sup>253</sup> RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafeld: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.242/243.

reconhecesse a jurisdição da Corte Europeia de Justiça – somente seria aplicável se, tanto a Irlanda, quanto o Reino Unido, tivessem escolhido aquela corte para solucionar as disputas relativas à Convenção UNCLOS.<sup>254</sup> Porém, essa escolha jamais ocorreu.

Por todo o exposto, a decisão do tribunal arbitral UNCLOS, de declinar esse mister para a Corte Europeia de Justiça, reflete uma ideia geral de subsidiariedade, porque o tribunal arbitral pode considerar vantajoso ter uma clara compreensão da relação da Convenção UNCLOS com os acordos regionais, conforme o explicado no fundamento da própria decisão.

Ao fazê-lo, o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, entrou em aparente contradição, ao estabelecer, ao mesmo tempo, a sua competência *prima facie*, aparentemente, concordando com a avaliação do tribunal internacional ITLOS (parágrafo quatorze do texto da decisão), mas, ao mesmo tempo, afirmando que seria necessário precisar se teria, ou não, jurisdição (parágrafo quinze, do mesmo texto). Alegou-se que o tribunal arbitral não teria como estabelecer, firmemente, a sua jurisdição, até que as questões levantadas, com base no Direito Comunitário - incluída nele, toda a Convenção UNCLOS...-, fossem resolvidas pela Corte Europeia de Justiça<sup>255</sup>.

Ora, que "razões de mútuo respeito e cortesia" são essas, que não permitem que se resolva a questão relativa à Convenção UNCLOS, razão última da existência do tribunal arbitral do Anexo VII, deixando-se o ponto da eventual punição da Irlanda, de socorrer-se de outro método de solução de controvérsias, que não os do subsistema europeu, para aquele outro mecanismo regional?

Esse entendimento contrariou o padrão de efetividade da tutela jurisdicional, concedido pela Convenção UNCLOS, segundo o qual, cada Estado-parte adquire um direito, sob as normas internacionais, de um mecanismo compulsório independente de solução de controvérsias, algo inteiramente oposto do artigo 226 da Convenção Europeia. No rito do artigo 226, a Comissão Europeia pode, discricionariamente, escolher quando e se institui o procedimento, bem como, se deve o mesmo ser encerrado. A atuação do Estado-membro, com fulcro no artigo 227 da referida convenção regional é meramente subsidiária, relativamente à atuação da Comissão Europeia.<sup>256</sup>

Deve-se raciocinar que, ao negar-se o acesso à jurisdição internacional à Irlanda - o que pode ser entendido como uma negação em termos gerais, em razão da discricionariedade

---

<sup>254</sup> Ibid. p.241/242.

<sup>255</sup> HOFSTÖTTER, Bernhard. op. cit. p.397/398.

<sup>256</sup> RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.243/244.

da Comissão Europeia sobre a instituição do procedimento -, negou-se efetividade às normas internacionais da Convenção UNCLOS.

Logo, para proporcionar-se, em nome do "mútuo respeito e cortesia", a possibilidade da Corte Europeia de Justiça exercer o poder "*kompetenz-kompetenz*", deixou-se de resolver a querela sobre Direito do Mar no mérito. Não se negou celeridade apenas, mas o acesso à jurisdição, em termos totais.

Como o artigo em questão foi escrito, antes que os procedimentos do Caso MOX se encerrassem, observou Röben que o tempo médio de conclusão do caso, perante a Corte Europeia de Justiça, seria de 15 meses, de modo que, a decisão do tribunal arbitral UNCLOS, de suspender os procedimentos por seis meses, além de irracional, seria arbitrária, sob o ponto de vista da celeridade.

Evidentemente, ao final, o prejuízo foi muito maior do que a perda de tempo, tendo sustentado ele que o tempo é um elemento essencial em disputas que dizem respeito à proteção de ambientes vulneráveis contra alegada poluição radionuclear.

A sua crítica à decisão de suspender os procedimentos afirma que o tribunal arbitral em questão não apenas teria a competência de aplicar e interpretar a Convenção UNCLOS, como teria a obrigação de fazê-lo - como assevera o doutrinador -, porque a subsidiariedade é implementada, em primeiro lugar, para assegurar proteção legal efetiva, não para minar o significado substantivo do sistema, pela referência à existência de remédios jurídicos dispostos por outro sistema. Para tanto, seria necessário que, no mínimo, aquela outra jurisdição houvesse sido instituída para o mesmo caso, o que não ocorre.<sup>257</sup>

Nesse sentido, cabe a advertência de McLachlan<sup>258</sup> sobre a suspensão dos procedimentos, pelo fato da existência de outro em paralelo, por conta do risco de denegação de justiça. Risco materializado, no caso da suspensão dos procedimentos perante o tribunal arbitral UNCLOS, porque a questão de fundo jamais chegou a ser decidida no mérito, em qualquer tribunal internacional.

A inação do tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS também produz consequências para o próprio futuro de sua atuação, na qualidade de sistema de solução de controvérsias, como assinala Rayfuse, tendo em vista o fato da sua jurisdição e da sua liberdade de capacidade decisional poderem vir a ficar tão limitadas pela interpretação e

---

<sup>257</sup> Ibid. p.244/245.

<sup>258</sup> McLACHLAN, Campbell. **Lis Pendens in International Litigation**. Haia: Brill, 2009.p. 362.

aplicação do Direito, por outros sistemas de solução de controvérsia de outros regimes de tratados, a ponto de tornar-se obsoleto o tribunal arbitral em questão<sup>259</sup>.

Outro aspecto interessante, no que toca às repercussões, diz respeito à relação entre a Convenção OSPAR e a Convenção UNCLOS.

### 2.3.2 A Questão dos Artigo 281 e 282 da Convenção UNCLOS e a Convenção OSPAR

Uma outra crítica foi feita no artigo de Röben sobre a fundamentação do tribunal arbitral do Anexo VII, dessa vez, com relação à afirmação de que a aplicabilidade da Convenção OSPAR aos fatos descritos no Caso MOX não poria em dúvida a jurisdição daquele tribunal arbitral. Diz que o tribunal arbitral acabou chegando ao resultado correto, mas, teria falhado em obter uma fundamentação convincente.<sup>260</sup>

Ora, o tribunal arbitral considerou que a sua jurisdição estaria firmada, se nenhuma outra convenção cobrisse o tema da disputa ou alterasse a sua natureza. Porém, claramente, a Convenção OSPAR regularia os temas referidos pelas partes e também teria sido expressamente desenhada para implementar a disposição de prevenção da poluição marinha da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.<sup>261</sup>

Além disso, a jurisdição do tribunal arbitral UNCLOS, no mérito, precisaria ser determinada pela interpretação e aplicação dos artigos 279 e 287 da mesma convenção. Assim, a Seção 1, da Parte XV, da Convenção UNCLOS e, em particular, o artigo 279 da mesma convenção, definiriam a obrigação dos Estados-parte de submeter ao mecanismo de solução de controvérsias compulsório, apenas no caso de disputas relativas à interpretação e aplicação da referida convenção. Logo, a petição deve mencionar um tema abrangido pela convenção. Cabe à própria corte ou tribunal estabelecido decidir se essa peça refere-se à interpretação ou aplicação da dita convenção internacional e, desse modo, firmar jurisdição, com base no artigo 286 e 287 da mesma convenção.

Em tendo o tribunal internacional ITLOS decidido sobre a questão, na fase de medidas preparatórias, esse assunto já estaria precluso, segundo o seu raciocínio, que pressupõe a existência de um único subsistema, com órgãos julgadores diferentes. Assim, se o caso irlandês foi ou não foi estabelecido com base na Convenção UNCLOS, em sede de tribunal

<sup>259</sup> RAYFUSE, Rosemary. op. cit. p.705.

<sup>260</sup> RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** op. cit. p.230.

<sup>261</sup> Ibid. p.231.

arbitral, isso é matéria que pertine ao mérito da causa, não havendo espaço adicional para discussão sobre a sua jurisdição, nem sendo ela necessária.<sup>262</sup>

Também afirmou que o artigo 282 da Convenção UNCLOS seria inaplicável, porque ele trataria, mais especificamente, de outros mecanismos de solução de controvérsia compulsórios institucionalizados, emanadores de decisões vinculantes. O mencionado artigo requereria que o procedimento alternativo tivesse jurisdição sobre a Convenção UNCLOS, fazendo evidente remissão ao artigo 282 (2), da dita convenção.<sup>263</sup>

O tribunal arbitral OSPAR, no entanto, não preencheria essa condição do artigo 282 da Convenção UNCLOS. Ele possuiria jurisdição sobre temas da Convenção OSPAR, não sobre a Convenção UNCLOS, nem seria competente para aplicar essa convenção internacional. O tribunal arbitral OSPAR entendeu-se competente, naquele procedimento anteriormente descrito, porque a disputa dizia respeito mesmo à Convenção OSPAR.<sup>264</sup>

De qualquer modo, a decisão final do tribunal arbitral UNCLOS acabou por ser correta, segundo seu entendimento, ao afirmar que a Convenção OSPAR não preencheria as condições do artigo 282 da Convenção UNCLOS, para afastar a jurisdição do tribunal arbitral UNCLOS, como expressou o artigo em questão<sup>265</sup>.

*Data venia*, o tema parece bastante mais tormentoso do que o doutrinador em questão demonstra. Convém, por conseguinte, analisar com um pouco mais de detalhe os termos do artigo 282 da Convenção UNCLOS, já transcrita anteriormente.

Ao contrário do que ocorreu na relação entre a Corte Europeia de Justiça e o tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS, situação em que não se discutia a interpretação de temas específicos da Convenção EURATOM, nem do Tratado das Comunidades Europeias, na relação existente entre o tribunal do Anexo VII da Convenção UNCLOS e o tribunal arbitral OSPAR, a discussão envolvia a interpretação e a aplicação desta última convenção. Mais ainda, as decisões do tribunal arbitral OSPAR seriam de natureza vinculante.

O mesmo doutrinador também considerou inaplicável o artigo 281 da Convenção UNCLOS, para a conclusão a que chegou o tribunal arbitral UNCLOS, sobre o tribunal arbitral OSPAR. Diz Röben, que, ao mencionar o artigo 281 da Convenção UNCLOS, o tribunal arbitral UNCLOS teria feito uma referência ao Caso "*Southern Bluefin Tuna*", decidido no mesmo sistema de solução de controvérsias, no qual, o tribunal arbitral

---

<sup>262</sup> Ibid. p.231.

<sup>263</sup> Ibid. p.232.

<sup>264</sup> Ibid. p.233.

<sup>265</sup> Ibid. p.235.

constituído com base no mesmo Anexo VII da Convenção UNCLOS, declinou de sua jurisdição, por entender que a Convenção para a Conservação do Atum “*Southern Bluefin*”, de 1993, estabelecendo a organização regional dos pesqueiros, não teria instituído um mecanismo de solução de controvérsias, que levasse a decisões vinculantes. Assim, em vista do tribunal arbitral do Atum “*Southern Bluefin*”, isso significaria que as partes teriam excluído qualquer método de solução de controvérsias, que levasse a decisões compulsórias, com base na segunda figura do artigo 281 (1), da Convenção UNCLOS<sup>266</sup>. O caso em questão será tratado mais adiante, nesta tese.

O erro da fundamentação do tribunal arbitral UNCLOS, no caso MOX, relativamente ao tribunal arbitral OSPAR, seria um erro de premissa, já que o artigo 281 da Convenção UNCLOS seria aplicável a métodos de solução de controvérsias, que não levassem a decisões vinculantes, o que jamais seria o caso do tribunal arbitral OSPAR<sup>267</sup>, um erro gritante.

Sob esse aspecto, convém verificar os termos do artigo 281 da Convenção UNCLOS, *verbis*:

*"Article 281 Procedure where no settlement has been reached by the parties*  
*1. If the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of this Convention have agreed to seek settlement of the dispute by a peaceful means of their own choice, the procedures provided for in this Part apply only where no settlement has been reached by recourse to such means and the agreement between the parties does not exclude any further procedure. 2. If the parties have also agreed on a time-limit, paragraph 1 applies only upon the expiration of that time-limit"*(grifa-se).

Ora, a expressão "meios pacíficos a sua escolha" aplica-se, à perfeição, ao Caso “*Southern Bluefin Tuna*”, mas, no que toca à querela, envolvendo a Irlanda e o Reino Unido, perante o tribunal arbitral OSPAR, as partes já haviam passado a outra fase, com a submissão da questão a um tribunal arbitral, que profere decisões vinculantes.

Não resta dúvida que a arbitragem faz parte dos métodos de resolução pacífica das controvérsias, conforme a listagem contida no artigo 33 da Carta das Nações Unidas, mas também é possível afirmar que o recurso à arbitragem, normalmente, está relacionado a um fracasso anterior, nas tentativas de solução diplomática.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Ibid. p.235.

<sup>267</sup> Ibid. p.236.

<sup>268</sup> DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.p.840.

Conforme se pode verificar do apêndice, onde há uma referência às tentativas de negociação, antes de Irlanda e Reino Unido chegarem à arbitragem, foi exatamente essa a hipótese na questão relacionada ao tribunal arbitral OSPAR.

Com efeito, o artigo 32, item 10, alínea "a", deixa claro que as decisões do tribunal arbitral, constituído sob a égide da Convenção OSPAR, produz decisões vinculantes para as partes, *verbis*:

*"10. (a) The award of the arbitral tribunal shall be accompanied by a statement of reasons. It shall be final and binding upon the parties to the dispute. (b) Any dispute which may arise between the parties concerning the interpretation or execution of the award may be submitted by either party to the arbitral tribunal which made the award or, if the latter cannot be seized thereof, to another arbitral tribunal constituted for this purpose in the same manner as the first." (grifa-se).*

Assim, é realmente inconcebível a interpretação dada pelo tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, à relação entre os procedimentos que tramitavam perante o tribunal arbitral OSPAR e aqueles que tramitavam consigo. Assim, ao menos quanto a tal particular, a crítica de Røben faz total sentido.

### 2.3.3 A Questão da Jurisdição Suplementar do Mecanismo de Solução de Controvérsias da Convenção UNCLOS

Com um enfoque diferenciado dos anteriores, Volbeda<sup>269</sup> analisou a questão da jurisdição suplementar, no caso de ações ambientais internacionais, propostas com base na Convenção UNCLOS. Volbeda analisa a alegação irlandesa de que certas disposições da Convenção UNCLOS permitiriam que tribunais convencionais aplicassem, além das diretivas da Convenção, mas outras regras de Direito Internacional, não incompatíveis com ela.<sup>270</sup>

Afirma Volbeda que a teoria trazida pela Irlanda, em muitos aspectos, faz lembrar a prática da jurisdição suplementar, como desenvolvida pela jurisprudência e legislação norte-americanas, que permitiria fossem agregados pedidos baseados em questões não-federais a pedidos de cunho federal válidos, quando fizessem parte da mesma controvérsia.<sup>271</sup>

Com efeito, o estatuto da jurisdição suplementar passou a ser aplicado a ações civis, começadas a partir de 01/12/1990, nos Estados Unidos, nas cortes federais, por força do assim chamado "*O Ato*"<sup>272</sup>. A jurisdição suplementar, referida na norma, compreende os institutos

<sup>269</sup>VOLBEDA, M. Bruce. op. cit.p. 211/240.

<sup>270</sup> Ibid. p. 211.

<sup>271</sup> Ibid. p. 211.

<sup>272</sup> MURPHY, Patrick. **A Federal Practitioner's Guide to Supplemental Jurisdiction Under 28 U.S.C. Par. 1367**. Milwaukee: Marquette Law Review, vol. 78, 1995.p.973.



denominados "*pendent jurisdiction*", "*ancillary jurisdiction*" e "*pendent-party jurisdiction*", decorrentes da prática jurisprudencial daquele país.<sup>273</sup>

Os três institutos, que foram substituídos pela jurisdição suplementar da cortes federais, dizem respeito a situações onde a referida corte possuía jurisdição, mas se defrontava com pleitos relacionados à lei estadual, acerca dos quais, não existia um fundamento para atribuir competência para uma corte federal, isoladamente considerados<sup>274</sup>.

O que faziam as cortes federais, então? Consideravam o caso, como sendo federal, sem fragmentar a lide em pleitos baseados em lei federal e em lei estadual, o que foi considerado econômico e eficiente, por evitar a dupla litigância, em cortes federais e estaduais, em razão da relação existente entre os pleitos.<sup>275</sup>

O instituto da jurisdição pendente ("*pendent jurisdiction*") era aplicado, quando em uma ação movida em uma corte federal, contra um mesmo réu, havia pleitos baseados na lei federal e pleitos calcados na lei estadual. Dessa forma, invocava-se a pendência do pleito baseado na lei estadual, para trazer-lhe a julgamento perante uma corte federal, tal como ocorreu no precedente do Caso "*United Mine Works vs. Gibbs*", no qual, decidiu-se que a relação existente entre o pleito com base em lei federal e aquele fulcrado em norma estadual permitia afirmar tratar-se de um único caso.<sup>276</sup>

Estabeleceu-se no famoso precedente que teriam de estar presentes três requisitos, para que esse reconhecimento ocorresse: o primeiro deles, o de que ambos os pleitos tivessem origem em um núcleo comum de fato operativo; o segundo, que o pleito federal tivesse suficiente substância, para que se pudesse atribuir jurisdição, segundo a matéria, para uma corte federal e, por último, que os pleitos fossem de tal forma interligados, que, ordinariamente, se pudesse buscá-los em um único procedimento.<sup>277</sup>

Por outro lado, a jurisdição auxiliar ("*ancillary jurisdiction*"), geralmente, envolvia teses defensivas, não de autores, de que estavam os réus sendo processados em uma corte estadual contra a sua vontade, ou ainda, de terceiros, que afirmavam que os seus direitos poderiam perecer, caso não pudessem invocá-los em uma ação, já em curso, em uma vara federal. De qualquer forma, da mesma maneira que na jurisdição pendente, teria de haver uma forte relação entre os pleitos baseados em lei federal e aqueles calcados em lei estadual.

---

<sup>273</sup> Ibid. p.973.

<sup>274</sup> Ibid. p.975.

<sup>275</sup> Ibid. p.975/976.

<sup>276</sup> Ibid. p.976.

<sup>277</sup> Ibid. p.976/977.

<sup>278</sup>Também nesses casos, a corte federal tinha a discricionariedade de determinar, se exerceria a sua jurisdição sobre pleitos auxiliares.<sup>279</sup>

Isso ocorreu, por exemplo, no Caso "*Moore vs. New York Cotton Exchange*", de 1926, no qual, a Suprema Corte manteve a decisão de uma corte federal de exercer a sua jurisdição, em uma questão que envolvia a aplicação da legislação anti-truste.<sup>280</sup>

Quanto ao terceiro instituto, o da jurisdição de parte pendente ("*pendent-party jurisdiction*"), ao contrário dos outros dois, que já estavam bem estabelecidos, ainda era bastante controverso, à época em que "O Ato" surgiu. Nesse caso específico, não havia uma identidade perfeita de partes, além da existência do pleito fulcrado em lei estadual. Ou seja, havia partes adicionais, acerca das quais, não haveria base para firmar a jurisdição da corte federal, se isoladamente consideradas. A jurisdição de parte pendente podia compreender duas situações: a parte pendente-ré e a parte pendente-autora.<sup>281</sup>

Apesar de dois precedentes importantes da Suprema Corte dos Estados Unidos ("*Aldinger vs. Howard*" e "*Finley vs. United States*") terem tratado do assunto, não houve uma pacificação sobre a viabilidade do instituto, até o momento em que surgiu a norma da jurisdição suplementar. Com a entrada em vigor do "Ato", o Congresso Nacional logrou restaurar a jurisdição de parte pendente, fazendo a situação retornar ao status quo ante do julgamento da Suprema Corte, no Caso Finlay.<sup>282</sup>

Dessa forma, a jurisdição suplementar federal, após a entrada em vigor da norma, passou a ser exercida naqueles casos onde não houvesse uma exceção prevista em lei e em qualquer ação civil, na qual, a corte federal tenha originalmente jurisdição e existam pleitos relacionados, fazendo parte do mesmo caso ou controvérsia, podendo incluir pleitos que envolvam a intervenção de partes adicionais.<sup>283</sup>

Observa-se que no direito interno brasileiro essa hipótese seria inviabilizada pelo artigo 292, parágrafo primeiro, inciso II, do velho Código Buzaid, que impedia a cumulação desses pedidos, em um mesmo processo, o que continuou ocorrendo na vigência do novo Código de Processo Civil, eis que o artigo 327, parágrafo primeiro, inciso II, estabelece a mesma vedação.

---

<sup>278</sup> Ibid. p.977/978.

<sup>279</sup> Ibid. p.979.

<sup>280</sup> Ibid. p.979.

<sup>281</sup> Ibid. p.980.

<sup>282</sup> Ibid. p.991.

<sup>283</sup> Ibid. p.993.

No campo internacional, tendo em vista a inexistência de leis em um sentido mais estrito, em especial, de leis processuais, bem como, em razão da inexistência de qualquer instância recursal ou uniformizadora de decisões das cortes internacionais, nada impediria que o tribunal arbitral do Anexo VII houvesse adotado o entendimento da admissibilidade do exercício da jurisdição suplementar, no que teria de exercer, igualmente, a "*kompetenz-kompetenz*", de uma feição bastante similar à do juiz federal norteamericano, que, discricionariamente, decide se exerce a jurisdição federal sobre um pedido calcado em norma estadual.

Na hipótese do tribunal arbitral ter acolhido um tipo de jurisdição suplementar, como pretendido pela Irlanda, a decisão poderia ter tido implicações profundas para a futura litigância perante o mecanismo de solução de controvérsias da Convenção UNCLOS, expandindo significativamente o poder da referida convenção, que já seria considerada o tratado ambiental mais fortemente abrangente, jamais existente. Por outro lado, a rejeição a essa teoria poderia limitar a sua competência a pleitos, que somente derivassem estritamente do texto da convenção, a qual, por sua vez, prevê poderosos procedimentos de solução de controvérsias, mas direitos e obrigações fortemente conceituais.<sup>284</sup>

Destacou Volbeda que o texto foi escrito, antes que a decisão do tribunal fosse tomada, sendo difícil prever, àquela época, qual posição a corte endossaria, mas, considerava bastante provável que o entendimento irlandês viesse a ser adotado, por conta da redação da convenção, da história de sua negociação, do costume relativo à interpretação de tratados, aos comentários da doutrina e à comparação com a prática federal norte-americana.<sup>285</sup>

Com relação à jurisdição suplementar, convém defini-la, tendo em vista o caso em estudo, como sendo o exercício da jurisdição de um dos “tribunais UNCLOS” sobre pleitos não calcados na Convenção UNCLOS.<sup>286</sup>

Para se compreender a importância do tema, afirma Tzeng que, em quase todas as disputas trazidas para os tribunais do subsistema de solução de controvérsias da Convenção UNCLOS, atualmente, tem sido levantada a questão da jurisdição suplementar, mas que, até o momento, não há qualquer estudo sobre o tema, que se preocupe com uma teoria geral da

<sup>284</sup>VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p. 213.

<sup>285</sup>VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p. 213.

<sup>286</sup>TZENG, Peter. **Supplemental Jurisdiction Under UNCLOS**. Houston: Houston Journal of International Law, vol. 38, 2016.p.501. O doutrinador faz uma interessante digressão, a fls. 504, ao afirmar que o termo “tribunais UNCLOS” é utilizado, indistintamente, para todos os meios de solução de controvérsias da convenção, que são compulsórios e produzem decisões vinculantes, fazendo a ressalva que a Corte Internacional de Justiça, apesar de fazer parte do rol dos “tribunais UNCLOS”, tecnicamente, seria uma “corte”, não um “tribunal”. Aparentemente, tal distinção não faz qualquer sentido no idioma Português. Para a presente obra, ela não é, portanto, considerada.

jurisdição suplementar, no Direito Internacional. Da mesma forma, refere-se ao artigo de Volbeda como sendo o único, até 2016, que havia explorado, particularmente, o tema da jurisdição suplementar, em relação com o subsistema da proteção ambiental do mar e dos “tribunais UNCLOS”<sup>287</sup>.

Esclarece Tzeng, que foi o fato do Direito Internacional nem sempre oferecer um tribunal com jurisdição compulsória, para solucionar pendengas entre os sujeitos de direitos e deveres, na esfera internacional, que fez surgir o mecanismo de solução de controvérsias da Convenção UNCLOS - como se fosse uma constituição dos ordenamentos jurídicos internos - com várias opções de órgãos judiciariformes, dotados de jurisdição compulsória e aptos a proferir decisões vinculantes.<sup>288</sup>

No caso específico da jurisdição suplementar dos “tribunais UNCLOS”, no Caso MOX, é preciso definir o alcance da jurisdição do tribunal arbitral do Anexo VII, o que passa, obrigatoriamente, pela discussão dos dispositivos convencionais sobre jurisdição e direito aplicável. O argumento irlandês, no que diz respeito à jurisdição é o de que o tribunal arbitral UNCLOS tem jurisdição para o núcleo dos pleitos, que se refere à Convenção UNCLOS. Uma vez firmada essa jurisdição básica, a própria convenção garantiria ao tribunal arbitral uma espécie de jurisdição suplementar para aplicar outras normas de Direito Internacional, que não sejam incompatíveis com a dita convenção. A posição do Reino Unido é a de que a convenção proíbe, expressamente, a aplicação de tratados, que não façam parte da Convenção UNCLOS, a não ser que eles, especificamente, disponham sobre julgamento pelo tribunal UNCLOS.<sup>289</sup> Maiores detalhes sobre as teses de cada parte encontram-se no apêndice.

A disputa, relativamente à jurisdição e direito aplicável, decorreria de dois dispositivos da Convenção UNCLOS, os artigos 288 e 293. Sobre esses dispositivos, afirma Volbeda, um de seus aspectos mais contenciosos é a possível contradição entre o alcance da jurisdição e o alcance do direito aplicável, na convenção em exame. Se por um lado, o artigo 288 garante jurisdição a disputas relativas à Convenção UNCLOS e, especificamente, a disputas não-UNCLOS, se tais tratados expressamente garantirem a jurisdição UNCLOS a esses casos; por outro lado, o artigo 293 exige que os tribunais, constituídos sob a égide da Convenção UNCLOS, devem aplicar esta convenção e outras regras de Direito Internacional, que não sejam incompatíveis com ela.<sup>290</sup>

---

<sup>287</sup>Ibid. p.501.

<sup>288</sup>Ibid. p.504.

<sup>289</sup>VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p. 219/220.

<sup>290</sup> Ibid. p.220.

Tzeng afirma que expressão “qualquer controvérsia que decorra da interpretação e aplicação do tratado” e suas variantes são uma constante na redação de tratados internacionais, apesar disso, não haveria um consenso sobre a sua interpretação.<sup>291</sup> Porém, conforme entendimentos expressos em casos jurisprudenciais anteriores, a Corte Internacional de Justiça já teria decidido que a expressão em questão incluiria a decisão sobre eventual descumprimento de algum dispositivo de tratado, mas não abarcaria a decisão sobre eventual violação de dispositivo não contido, especificamente, naquele determinado tratado.<sup>292</sup>

Essa diferenciação é relevante para o Caso MOX, porque existe lá uma discussão sobre o direito aplicável, conforme se passa a detalhar.

De fato, para dirimir o conflito interpretativo do Caso MOX, com relação à jurisdição suplementar, faz-se necessário compreender os artigos 288 e 293, de uma forma integrada, *verbis*:

*“Article 288 Jurisdiction: 1. A court or tribunal referred to in article 287 shall have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of this Convention which is submitted to it in accordance with this Part.*

*2. A court or tribunal referred to in article 287 shall also have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of an international agreement related to the purposes of this Convention, which is submitted to it in accordance with the agreement.*

*3. The Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea established in accordance with Annex VI, and any other chamber or arbitral tribunal referred to in Part XI, section 5, shall have jurisdiction in any matter which is submitted to it in accordance therewith.*

*4. In the event of a dispute as to whether a court or tribunal has jurisdiction, the matter shall be settled by decision of that court or tribunal.” (grifa-se).*

*“Article 293 Applicable law: 1. A court or tribunal having jurisdiction under this section shall apply this Convention and other rules of international law not incompatible with this Convention. 2. Paragraph 1 does not prejudice the power of the court or tribunal having jurisdiction under this section to decide a case ex aequo et bono, if the parties so agree.”(grifa-se).*

Entende Volbeda que o argumento irlandês, no sentido de que a Convenção UNCLOS distingue entre jurisdição e direito aplicável é convincente. Porém, muito embora cada qual

---

<sup>291</sup> TZENG, Peter. op. cit. p.504.

<sup>292</sup> Ibid. p.505.

seja separado por uma titulação, o fato é que há uma confusão derivada do fato de, em ambos, haver referência a tratados não-UNCLOS.<sup>293</sup>

De fato, as normas aplicáveis, com base no artigo 288 - que é, na realidade, o artigo que trata de jurisdição-, mostram-se aparentemente contraditórias, em relação ao artigo 293, que é o artigo que trata do direito aplicável. Dependendo da interpretação que se tenha dos termos do artigo 288, então, pode haver um conflito ou compatibilidade com o artigo 293.<sup>294</sup> A questão da jurisdição do tribunal UNCLOS e da lei aplicável está tão intrinsecamente interligada no texto da convenção, que a jurisdição assim determinada foi chamada de "jurisdição legislativa".<sup>295</sup>

Sustenta Volbeda existirem duas possíveis interpretações para o artigo 288(2). Na primeira interpretação, o artigo 288(2) é compreendido como aplicável, mesmo quando o tribunal tenha jurisdição para um pleito existente, sob a égide da Convenção UNCLOS, o que faria parecer diminuir, enormemente, o potencial de jurisdição suplementar, com base no artigo 293(1), já que nenhuma das disposições citadas pela Irlanda conteria disposições expressas, permitindo a constituição de tribunal, com base no mecanismo de solução de controvérsias da Convenção UNCLOS. Caso interpretado o artigo dessa forma, como quis o Reino Unido, expressamente, seria exigido do tribunal arbitral, que considerasse somente os pleitos baseados na Convenção UNCLOS, contidos na ação irlandesa. Alegou o Reino Unido, durante as audiências, que, uma vez retirados os pleitos não-UNCLOS, o conteúdo residual do caso irlandês seria incerto e insuficiente particularizado.<sup>296</sup>

Há doutrinadores como Walker<sup>297</sup>, que afirmam que a expressão "outras normas de Direito Internacional", que fez parte da redação do artigo 293(1), como visto, também aparece em várias partes da Convenção UNCLOS e também na Convenção sobre o Alto-Mar e na Convenção sobre o Mar Territorial, poderia fazer referência, exclusivamente, ao Direito dos Conflitos Armados, o que significaria que a Convenção de Montego Bay (UNCLOS) estaria a ele sujeita, naquelas situações onde ele fosse aplicável. Essa seria, por exemplo, a posição de Schwarzenberger<sup>298</sup>. Essa maneira de interpretar o artigo 293(1) não permitiria afirmar que a

<sup>293</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p. 221.

<sup>294</sup> Ibid. p. 221.

<sup>295</sup> GURUSWAMY, Lakshman D. **Should UNCLOS or GATT/WTO Decide Trade and Environment Disputes ?** Minneapolis: Minnesota Journal of Global Trade, vol. 7, n.287, 1998.p. 302/304

<sup>296</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p. 221.

<sup>297</sup> WALKER, George K. **Defining Terms in the 1982 Law of the Sea Convention**. San Diego: California Western International Law Journal, vol. 32, n. 2, 2001. p. 360/361.

<sup>298</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. **A Manual of International Law**. 5 ed. Londres:Stevens, 1967.p.376/377.

Convenção UNCLOS autorizaria o exercício da competência suplementar, com o uso de normas não-UNCLOS, pelos seus tribunais.

Além disso, Walker também afirma que a história das negociações da convenção é pouco ilustrativa sobre esse tema específico, havendo poucas referências a respeito, não se podendo inferir, a partir dessa pesquisa, que o artigo 293 (1) tenha autorizado um "tribunal UNCLOS" a interpretar e aplicar normas não-UNCLOS, em termos gerais, o que seria um passo para a jurisdição suplementar.<sup>299</sup>

Noyes, porém, interpreta a frase "outras normas de Direito Internacional", contida no artigo 293 (1) de outra forma. Afirma que, de fato, no projeto da Convenção sobre Direito do Mar, ela significava o Direito dos Conflitos Armados, incluindo aquelas normas sobre guerra marítima e neutralidade marítima, como seus componentes.<sup>300</sup>

Porém, diz Noyes que o uso da referida frase levantou uma série de questionamentos, sendo duvidoso se defini-la poderá respondê-los todos. Alguns questionamentos dizem respeito a hierarquia de fontes, em especial, qual norma deve ter prioridade - a da Convenção UNCLOS ou a de outro tratado internacional. Outros, se referem a quais normas podem ser aplicadas, de modo que, uma interpretação literal de "outras" excederia a interpretação mais estrita, dada pelo projeto.<sup>301</sup>

Segundo as considerações de Noyes<sup>302</sup>, a interpretação mais estrita - do projeto original e aquela de Walker-, não estaria de acordo com o contexto da Parte XV, da Convenção UNCLOS. Um exemplo dado por Noyes, que é referido por Volbeda<sup>303</sup>, é do uso mais amplo da frase "outras regras de Direito Internacional", para incluir, por exemplo, o Acordo sobre Estoques de Peixes Transzonais ("*Straddling Stocks Agreement*"). O referido acordo internacional, em seu artigo 30(5) faz referência explícita à Convenção UNCLOS, não existindo qualquer dúvida de que se trata de uma norma a ela relacionada, igualmente, *verbis*:

*"Any court or tribunal to which a dispute has been submitted under (the Agreement) shall apply the relevant provisions of the (Law of the Sea) Convention, of this Agreement and of any relevant subregional, regional or global fisheries agreement, as well as generally accepted standards for the conservation and management of living marine resources and other rules of international law not incompatible with the Convention, with a view to*

<sup>299</sup> WALKER, George K. op. cit. p. 363.

<sup>300</sup> NOYES, John E. op. cit. p.374.

<sup>301</sup> Ibid. p.374.

<sup>302</sup> Ibid. p.375.

<sup>303</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p. 221/222. A única incorreção da referência de Volbeda é a de que, apesar de Walker e Noyes terem reunido os artigos citados na presente tese em um livro posterior, a posição de Walker é diametralmente oposta à de Noyes, como já visto.

*ensuring the conservation of the straddling fish stocks and highly migratory fish stocks concerned.*"(grifa-se).

De outro giro, a segunda interpretação do artigo 288(2) da Convenção UNCLOS, proposta por Volbeda, é a de que ele apenas descreve as condições, sob as quais, os tribunais constituídos sob a égide da convenção possuem jurisdição, para decidir sobre pleitos que envolvam questões não abrangidas pela Convenção UNCLOS, na falta de qualquer outro pleito com base na Convenção UNCLOS ou jurisdição sobre esse tema. Notou ele que não há qualquer referência à presença da jurisdição para decidir sobre a Convenção UNCLOS, como condição precedente na seção desse artigo. Assim, o artigo 288(2) poderia ser interpretado, simplesmente, como argumento à tradicional forma de jurisdição suplementar contemplada sob o artigo 293(1), estendendo uma forma não-suplementar de jurisdição para casos, nos quais, um tratado externo expressamente traz em suas disposições remissão para os procedimentos no âmbito da Convenção UNCLOS.<sup>304</sup>

Uma tentativa doutrinária de estabelecer critérios para que a jurisdição suplementar possa ser exercida é um processo, em duas fases, na qual, a primeira delas é um questionamento sobre a possibilidade dos “tribunais UNCLOS”, em razão dos próprios termos da Convenção UNCLOS, decidirem controvérsias, que tenham base em outro tratado internacional. Para tanto, é preciso que este último seja qualificado como um “tratado internacional relacionado com as finalidades da Convenção UNCLOS”. Uma vez positiva a resposta a essa primeira fase, ainda haveria de ser respondido se um tribunal UNCLOS pode invocar a sua própria jurisdição, em face de outros tribunais, que também invocam a sua respectiva jurisdição<sup>305</sup>.

Porém, esse raciocínio não parece útil, porque é exatamente a segunda fase que se pretende esclarecer – se algum tribunal UNCLOS pode invocar a sua jurisdição, mesmo diante de atuação semelhante, de outro competidor -, quando surge o conflito positivo de jurisdição internacional.

Além disso, se não é exercida essa “*kompetenz-kompetenz*”, muito provavelmente, o outro tribunal competidor o fará. Se nenhum deles o fizer, por outro lado, restará remanescendo o velho problema do Direito Internacional, de inexistência de uma jurisdição compulsória, para solucionar o conflito de interesses entre sujeitos de Direito Internacional.

---

<sup>304</sup> Ibid. p.222.

<sup>305</sup> GURUSWAMY, Lakshman D. op. cit. p. 302/304. Ressalve-se que o doutrinador falava sobre “jurisdição legislativa”, em casos relacionados ao comércio internacional, não ao Direito Marítimo.



De algum modo, portanto, a existência de um conflito positivo de jurisdição internacional é um avanço, em relação à situação, anteriormente observada, que podia levar à inexistência de acesso à jurisdição internacional e, do ponto de vista material, a um *non liquet*.

De qualquer modo, obtempera Volbeda, se o artigo 293(1) for compreendido como se conferindo uma forma padrão de jurisdição suplementar, na qual, a presença da jurisdição para decidir temas ligados à Convenção UNCLOS e pleitos fundados na dita Convenção pode abrir portas para pleitos adicionais, relacionados, mas não fundados na mencionada convenção, desde que, não incompatíveis com ela, então o artigo 293(1) pareceria incompatível com a primeira interpretação do artigo 288(2) da mesma convenção.<sup>306</sup>

Posição um pouco diversa tem Noyes, o qual, sempre interpretando a expressão "outras regras de Direito Internacional", presente na Convenção UNCLOS, vê três possibilidades interpretativas: a primeira, o artigo 293(1) se referiria somente à Convenção sobre Conflitos Armados, como pretende Walker, já mencionado; a segunda, na qual, um tribunal internacional, cuja jurisdição esteja baseada em outro tratado internacional, que não a Convenção UNCLOS, com base no artigo 288(2), pode aplicar normas referidas na Convenção UNCLOS; e a terceira, que corresponde ao sentido literal da frase interpretada, que está de acordo com a visão da Convenção sobre Direito do Mar como uma convenção-quadro, que procura outras normas com ela compatíveis, para preencher o seu conteúdo. Um exemplo dessa interpretação, que exclui a interpretação mais estrita, se dá na atuação do tribunal internacional ITLOS, quando chamado a determinar o que constituiria um título razoável, em causas, nas quais, se pretende a pronta liberação de um navio apesado. Ora, a Convenção UNCLOS não define o que seria um "título razoável".<sup>307</sup>

No entanto, percebe-se que atuação do tribunal internacional ITLOS, nas medidas cautelares de pronta liberação de navios é consagrada, sendo uma das especialidades daquele tribunal, como já se destacou nesta tese. Isso serviria para demonstrar que a terceira interpretação de Noyes, mais abrangente e que, também, permite admitir a jurisdição suplementar, deve prevalecer.

Mas, como adverte Volbeda, uma das possíveis consequências perigosas da posição irlandesa é o risco de decisões conflitantes, por múltiplas cortes internacionais, sobre a mesma disputa. Cortes internacionais não teriam o hábito de atuar conjuntamente com outras, de

---

<sup>306</sup>VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.222.

<sup>307</sup>NOYES, John E. op. cit. p.376/377.

modo que, ações idênticas poderiam surgir em múltiplos foros. Essa situação poderia levar a uma quebra de sistema.<sup>308</sup>

Do que se depreende apenas dessa afirmação, Volbeda pareceria optar pela interpretação mais conservadora – embora, ao final do artigo, isso não se configure, já que, em sua conclusão, afirma ser o exercício da jurisdição suplementar mais vantajosa para a finalidade de implementação do Direito do Mar<sup>309</sup> -, por entender que a interpretação mais favorável à tese da jurisdição suplementar estimularia a fragmentação do Direito Internacional.

Mas, o que seria pior? Ter tribunais internacionais decidindo de forma diversa os mesmos temas, de acordo com as suas diferenças culturais e vieses de suas especializações respectivas ou não ter qualquer tribunal internacional para solucionar a questão e deixar de pacificar o conflito?

De qualquer modo, na hipótese da interpretação do artigo 288(2) não afastar a jurisdição, nesse caso, seria necessário, então, determinar o sentido do artigo 293(2), para determinar quais outras normas de Direito Internacional seriam aplicáveis, ao caso concreto.<sup>310</sup> Para determinar tais normas, que não seriam incompatíveis com a Convenção UNCLOS, Volbeda analisa a história da negociação da convenção em estudo, como fizeram Walker<sup>311</sup> e Noyes<sup>312</sup>.

Nesse ponto, destacou que a versão inicial do artigo 288, ainda em 1976, era muito mais extensa e detalhada, contendo dez parágrafos, ao invés de quatro. Uma versão revisada desse mesmo ano, além disso, conteria uma disposição que estabeleceria a competência do tribunal arbitral de dizer sobre a sua própria competência, de modo bastante similar ao dos tribunais federais norte-americanos. O mesmo esquema teria sido mantido nas versões de 1979 e 1980. Assim, entende Volbeda, sempre houve um primado da “interpretação ou aplicação da Convenção” para fixar a jurisdição.<sup>313</sup>

Percebe-se que a doutrina atual considera, ainda hoje, apesar das alterações redacionais do mencionado dispositivo, que ele prevê o exercício da “*kompetenz-kompetenz*” pelos “tribunais UNCLOS”.<sup>314</sup>

<sup>308</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.222.

<sup>309</sup> Ibid. p.239/240.

<sup>310</sup> Ibid. p.223.

<sup>311</sup> WALKER, George K. op. cit. p. 360/361.

<sup>312</sup> NOYES, John E. op. cit. p.376/377.

<sup>313</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.223/224.

<sup>314</sup> ESPÓSITO, Carlos. *Advisory Opinions and Jurisdiction of the International Tribunal*. SCHEIBER, Harry N.; PAIK, Jin-Hyun (Org.). **Regions, Institutions and Law of the Sea: Studies in Ocean Governance**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013.p. 60.

Um segundo elemento que aflora dessa análise da evolução do texto da convenção é que se procurou prover jurisdição para pleitos trazidos com base em convenções de fora da esfera da Convenção UNCLOS, quando expressamente conferissem jurisdição a algum órgão judiciariforme da convenção em questão, o que contribuiria para a harmonização do Direito do Mar, em benefício geral, mesmo para Estados que a ela não aderissem.<sup>315</sup> Nesse ponto, o seu entendimento iguala-se ao de Noyes<sup>316</sup>, quando exemplifica a situação do Acordo sobre os Estoques de Peixes Transzonais.

Porém, no entender de Volbeda, haveria ainda dois pontos que não seriam facilmente esclarecidos pela análise da história das negociações da convenção UNCLOS. O primeiro deles é se a disposição que franqueia a jurisdição, com base na Convenção UNCLOS, para aquelas situações em que outro tratado internacional expressamente confere jurisdição, sob as regras da Convenção UNCLOS, se destina apenas a pleitos, que não contenham alguma relação com a dita convenção ou também, para aqueles onde há pleitos relacionados e não-relacionados. O segundo ponto é uma dúvida sobre o sentido da expressão “disputa”, ou seja, se ela restringe-se a pleitos relacionados à Convenção UNCLOS e os demais, não relacionados, deveriam ser extirpados da análise<sup>317</sup>.

O doutrinador inclina-se a acreditar que a disposição só faça sentido quando a disputa só contenha pleitos não-relacionados à Convenção UNCLOS, embora afirme não ter encontrado comentários a respeito na doutrina.<sup>318</sup>

Muito embora todo o raciocínio de Volbeda tenha parecido lógico, até esse ponto, a primeira das dúvidas lançadas acima parecem não fazer sentido, porque a Convenção sobre Direito do Mar não abriria a possibilidade de se iniciar algum procedimento, em algum de seus vários métodos de solução de controvérsias não-negociais, para uma questão que sequer tangenciasse o seu objeto, só porque outro acordo internacional fez expressa referência ao seu sistema de solução de controvérsias. Aparentemente, trata-se de uma interpretação *contra legem* ou, ao menos, contra o sentido geral da convenção.

A segunda dúvida, por outro lado, tem muito a ver com o que se discute na presente tese, eis que, uma simples disputa pode conter vários pedidos, uns relacionados e outros, não, à Convenção UNCLOS. Como deve proceder o tribunal UNCLOS, então, deve julgar o conjunto dos pleitos da controvérsia, sendo relacionados ou não relacionados, ou somente aqueles relacionados à Convenção UNCLOS ?

<sup>315</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.224.

<sup>316</sup> NOYES, John E. op. cit. p.375.

<sup>317</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.224.

<sup>318</sup> Ibid. p.225.

Adotando-se a posição mais flexível, que incorporaria a ideia de jurisdição suplementar - ao invés daquela similar à do artigo 327, parágrafo primeiro, inciso II, do Código de Processo Civil Brasileiro, dizendo respeito a competência, por exemplo -, a posição irlandesa perante o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, sairia vitoriosa, firmando a competência daquele tribunal, para processar e julgar a controvérsia.

Esse procedimento parece ser o mais correto, tecnicamente, porque a controvérsia é uma só, evitando-se um eventual *non liquet*, um conflito negativo de jurisdição internacional e a negativa de acesso à jurisdição internacional.

Mais à frente, interpretando o artigo 293, no que toca ao termo “direito aplicável”, a posição irlandesa, conforme ficou bastante claro da resenha feita anteriormente, é a de que o artigo 293 (1) permitiria a aplicação de outras normas de Direito Internacional, que não sejam incompatíveis com a Convenção UNCLOS, o que é confirmado, segundo Volbeda, pela história da negociação da convenção, onde se considerou adequado aplicar regras costumeiras e convencionais internacionais, bem como, princípios gerais de Direito das nações civilizadas.<sup>319</sup> Portanto, em desacordo com a posição de Walker<sup>320</sup>.

A alegação do Reino Unido - conforme o apêndice -, por outro lado, é a de que, ao se admitir que outras normas extraconvencionais sejam aplicadas, a jurisdição dos órgãos judiciariformes da dita convenção seria dramaticamente ampliada, o que encontraria um impeditivo no fato da submissão à jurisdição internacional ser voluntária, com base no Princípio da Igualdade Soberana - *parem im parem, non habet imperium* -, a qual, no caso da Convenção UNCLOS, é definida, anteriormente, como ocorre, igualmente, nas cortes comunitárias.

O tribunal arbitral, então, poderia aplicar, segundo Volbeda<sup>321</sup> - a se admitir a possibilidade - Direito Internacional extraconvencional de duas formas: na primeira, o conteúdo de certas disposições da Convenção UNCLOS, estabelecido em termos gerais, seria informado e esmiuçado pela existência de normas localizadas fora da dita convenção. Na segunda maneira, o tribunal arbitral poderia determinar a aplicação de normas internacionais, padrões e práticas extraconvencionais, para que fossem preenchidas obrigações convencionais, assumindo a Convenção UNCLOS uma função integradora, ao permitir e instruindo os tribunais a implementar um grande corpo de normas, além dos seus estritos limites, com uma única limitação, que é a impossibilidade de que sejam incompatíveis.

---

<sup>319</sup> Ibid. p.225.

<sup>320</sup> WALKER, George K. op. cit. p. 360/361.

<sup>321</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.225.

Na primeira categoria de normas externas aplicáveis, a dos tratados, um exemplo seria o da Convenção OSPAR; na segunda categoria, a das normas costumeiras, a posição da Irlanda é a de que se poderia aplicar o Princípio da Precaução, previsto, por exemplo, nos Artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços Decorrentes de Atividades de Risco, da Comissão de Direito Internacional, adotados em 2001; na terceira categoria, a dos padrões internacionalmente aceitos, a Irlanda citou em suas peças, conforme visto anteriormente, uma série de códigos e linhas-mestras internacionais, com os quais, o Reino Unido teria se comprometido.<sup>322</sup>

Por outro lado, a interpretação dos artigos 287 e 288 - mencionados pelo Reino Unido, em contraposição ao artigo 293, acima referido, utilizado pela Irlanda – levaria à expressão “interpretação e aplicação desta Convenção”, o que, no entender do Reino Unido, limitaria o direito aplicável à Convenção UNCLOS.<sup>323</sup>

Mais ainda, como nenhuma das normas internacionais referidas pela Irlanda faria referência ao mecanismo de solução de controvérsias da Convenção UNCLOS, o tribunal arbitral não poderia ter a sua jurisdição alargada, como pretenderia a Irlanda.<sup>324</sup>

Sem embargo, a hipótese é bastante distinta daquela trazida por Noyes, relativamente ao Acordo sobre Estoques de Peixes Transzonais, que faz referência explícita à Convenção UNCLOS, conforme o artigo 30(5).<sup>325</sup>

Como boa parte do caso em questão diria respeito ao Tratado da Convenção Europeia e ao Tratado EURATOM, sendo uma prática estabelecida de seus membros não submeter qualquer disputa concernente a tais instrumentos a outros sistemas de solução de controvérsias, que não os previstos nestes tratados, o caso seria melhor apreciado, do ponto de vista do Reino Unido, sob a égide dos mesmos, faltando jurisdição ao tribunal arbitral<sup>326</sup>. Esse foi o motivo alegado pelo Reino Unido, para deslocar o caso para o âmbito europeu.

Na realidade, as cortes supranacionais europeias, por força de seus tratados constitutivos, detém uma jurisdição exclusiva sobre questões envolvendo interpretação e aplicação desse Direito Comunitário, mas, não se permite a utilização, pelos seus Estados-membros, de outros mecanismos de solução de controvérsia, de outros tratados, inclusive aqueles dos quais a União Europeia faça parte, como já visto. Para que os "*tribunais UNCLOS*", segundo esse ponto de vista, pudessem processar e julgar causas, em que esses

---

<sup>322</sup> Ibid. p.226.

<sup>323</sup> Ibid. p.227.

<sup>324</sup> Ibid. p.227.

<sup>325</sup> NOYES, John E. op. cit. p.375.

<sup>326</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.227.

Estados-membros estivessem, não apenas, não poderia haver qualquer ponto de contato do direito material em questão com o Direito Comunitário - o que é praticamente impossível, porque o Direito Comunitário é um direito de caráter geral, em base geográfica regional -, como teria de haver uma autorização expressa nos tratados constitutivos comunitários, fazendo remissão ao sistema de solução de controvérsias UNCLOS.

Tal interpretação mais estrita apenas revela o espírito de cooperação existente entre as instituições europeias e o resto do mundo, não bastasse o permanente estado de conflito, existente entre as próprias cortes supranacionais europeias, como relata Scheeck. Deveras, como afirma, "cada corte colocou uma espada de Dâmocles sobre a cabeça da outra"<sup>327</sup>, como ocorreu no Caso M&C da Corte Europeia de Justiça, que a Corte Europeia de Direitos Humanos jamais sancionou, expondo aqueloutra corte supranacional como transgressora de direitos humanos. Se a relação entre as duas cortes supranacionais e entre elas e as cortes nacionais é essa, pode-se imaginar como será a relação de cooperação com o resto do mundo.

Porém, após avaliar as posições das partes, sobre os referidos artigos, Volbeda afirma que há um argumento muito forte, no sentido de que o Reino Unido confunde direito aplicável com jurisdição, o que contraria - segundo o seu entendimento -, o contido no artigo 293(1), o qual, condiciona a aplicação do direito extraconvencional à presença de jurisdição.<sup>328</sup> Esse aspecto do dispositivo, afirma, ecoa como a jurisdição suplementar do conceito anglo-americano.<sup>329</sup>

Afirma Volbeda que essa posição defendida pela Irlanda, encontrou suporte, até mesmo, em manifestações favoráveis do Reino Unido<sup>330</sup>, na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, tendo sido reconhecido que a Convenção UNCLOS viabilizaria um quadro normativo eficiente e efetivo, no qual, outros instrumentos normativos poderiam ser incorporados, de modo que a jurisdição suplementar permitiria o julgamento de vários pleitos relacionados, em um único foro, evitando a ineficiência de uma miríade de pleitos em vários foros.<sup>331</sup>

---

<sup>327</sup> SCHEECK, Laurent. **Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks.** In <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/researchcentres/csgr/garnet/workingpapers/2307.pdf>. Acesso em 11/07/2016. p. 5/7.

<sup>328</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.227.

<sup>329</sup> Ibid. p.228.

<sup>330</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Third United Nations Conference on the Law of the Sea. A/CONF.62/C.3/SR.15. Summary Records of Meetings of the Third Committee. 15 th. Meeting.** Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 2009.p.374.

<sup>331</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.228.

Sem embargo, o pronunciamento do representante inglês, no décimo-quinze encontro, da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, revela o quanto o Reino Unido, em sua defesa, mostra incoerente com as suas próprias posições anteriores. Nesse pronunciamento, ao referir-se ao acidente com o navio *Metula*, que provocou danos ao meio-ambiente marinho, aquele plenipotenciário afirmou que o Reino Unido vinha se esforçando para prevenir esse tipo de dano, através de mudanças legislativas, com novos padrões de proteção, bem como, que aquele país já estaria em condições de ratificar vários tratados internacionais sobre o tema, tendo feito referência expressa à assinatura, em fevereiro de 1974, da Convenção para a Prevenção da Poluição Marinha, a partir de Bases Terrestres, o que poria sob controle a poluição no Mar do Norte e no Nordeste do Atlântico<sup>332</sup> - exatamente, alguns dos tratados referidos pela Irlanda, em seus casos, perante o tribunal arbitral OSPAR e o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, conforme o apêndice.

Prosseguiu o representante britânico na conferência, afirmando que, "na visão de sua delegação, a função da conferência seria o de fornecer um quadro efetivo e eficiente, no qual, tais convenções (as citadas anteriormente) e outras, possam ser incorporadas".<sup>333</sup>

Mal podia ele imaginar que, aproximadamente, vinte e sete anos mais tarde, o Caso MOX fosse fazer com que o Reino Unido, vergonhosamente, viesse a negar esse caráter de "convenção-quadro" à Convenção UNCLOS, negando, casuisticamente, a possibilidade de utilização dessas outras convenções no subsistema UNCLOS, inclusive, em seu mecanismo de solução de controvérsias.

A contradição entre o compromisso do Reino Unido, em um foro internacional, como as conferências sobre Direito do Mar, que redundaram na Convenção de Montego Bay, de 1982, em relação aos argumentos que utilizou, perante os órgãos judiciariformes do Caso MOX, não apenas geram vergonha alheia, como poderiam, facilmente, caracterizar uma violação do Princípio da Boa-Fé Objetiva e ensejar um "*estoppel*", tendo a matéria sido alegada na réplica irlandesa, perante o tribunal arbitral do Anexo VII, conforme o primeiro apêndice.

Finalizando esse aspecto da jurisdição suplementar, Volbeda afirmou que o Caso MOX foi o primeiro a levantar questões tão profundas sobre a jurisdição e o direito aplicável,

---

<sup>332</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). op. cit. p.374.

<sup>333</sup> Ibid. p.374.

com base na Convenção UNCLOS. De igual modo, afirmou que a mencionada convenção é única dentre os demais instrumentos internacionais, em termos de finalidade e abrangência.<sup>334</sup>

Mas, a bem da verdade, a grande questão interpretativa, de acordo com a oposição manifestada pelas partes, que debatiam perante o tribunal arbitral do Anexo VII, foi sobre a possibilidade de um "tribunal UNCLOS" poder exercer essa jurisdição suplementar, para decidir causas de fora do espectro normativo do subsistema UNCLOS, mesmo que o outro acordo internacional envolvido não contenha uma cláusula expressa, fazendo referência ao sistema de solução de controvérsias da dita convenção-quadro.

Para dirimir essa questão fundamental, o doutrinador recorrido à análise da sua gênese e à análise intrínseca, sem contudo, solucionar as questões interpretativas centrais, discutidas no Caso MOX. Passou, então, à análise extrínseca, ou seja, olhando a Convenção UNCLOS, "de fora". Nesse sentido, observa que ela é uma "constituição", não é um "estatuto", ou seja, é uma norma fundamental e orgânica, que estabelece instituições e aparatos, além de definir o alcance dos poderes soberanos. Um estatuto, por outro lado, é uma norma baixada pelo Poder Legislativo. Ambas, provêm normas operativas, executáveis, mas a primeira delas dispõe sobre princípios hierarquicamente superiores, que guiam as normas estatutárias, revogando aquelas que não estejam de acordo ou sejam com ela incompatíveis. Porém, em sendo necessariamente mais abstratas, as normas constitucionais precisam contar com normas extraconstitucionais, para precisar o seu sentido, bem como, com normas mais transitórias, para solucionar questões jurídicas cotidianas.<sup>335</sup>

Conclui Volbeda que, se a Convenção UNCLOS pretendesse servir apenas como norma estatutária autônoma, para a administração de direitos e obrigações contidas em seu texto, a interpretação dada pela Irlanda ao artigo 293(1), realmente, perderia força. Mas, a Convenção UNCLOS exerce uma função de constituição, organizando e coordenando, não atuando como um estatuto hermético. Ela surgiu como um princípio organizador, à volta do qual, todas as disputas relacionadas ao mar e tratados e convenções correlatos revolveriam.<sup>336</sup>

Como o próprio Reino Unido reconheceu, expressamente, em 1974, aliás.<sup>337</sup>

Os motivos para que ela tivesse tais características seriam: a crença no ideal de solução pacífica das controvérsias; o desejo de um sistema seguro de resolução desses conflitos, em face dos novos conceitos e instituições do Direito Internacional; a aversão de

---

<sup>334</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.229.

<sup>335</sup> Ibid. p.230/231.

<sup>336</sup> Ibid. p.231.

<sup>337</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). op. cit. p.374.



determinados Estados à Corte Internacional de Justiça e o desejo de especialização de um órgão, que lidasse com controvérsias sobre mineração e prospecção no leito submarino.<sup>338</sup>

Ora, no contexto de proliferação de tratados internacionais, relativos aos mares e oceanos, os quais são articulados sem estabelecer um mínimo, em termos de efetividade e de mecanismos de solução de controvérsias, que geram contradições inevitáveis, o uso da força se torna, cada vez mais, algo possível de ocorrer. Foi o que pretendeu evitar a Convenção UNCLOS.<sup>339</sup>

Ocorre, que esse intuito, que deveria ser do interesse de todos os membros da Organização das Nações Unidas, não foi alcançado, já que a questão jamais foi resolvida em seu mérito, não fosse importante resolver a questão da alegada poluição oceânica, supostamente causada por usina de energia, baseada em materiais radioativos, sem falar no seu transporte ao redor do mundo.

Ao invés disso, pareceu prevalecer um pretense interesse regional, na manutenção da autonomia do Direito Comunitário - se é que algum risco havia ao Direito Comunitário... - e do caráter sistêmico do Direito Internacional, já que o exercício da jurisdição suplementar, pelo tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, poderia, alegadamente, fragmentar o Direito Internacional.

Convém, no entanto, entender como se dá esse papel integrativo de uma convenção-quadro - de resto, reconhecido até pelo Reino Unido -, como a Convenção UNCLOS ? Segundo Volbeda, de três formas. A primeira delas, através da utilização do mecanismo de solução de controvérsias da convenção para pleitos não relacionados a ela, ficando demonstrado pelo artigo 288(2), não apenas, que essa capacidade existe, mas que, havia a intenção de que isso ocorresse, sob certas circunstâncias.<sup>340</sup> A segunda forma, de acordo com o artigo 293(1), se da através do direito aplicável, o seja, se o órgão judiciário previsto na Convenção UNCLOS firma a sua jurisdição, ele deve aplicar normas de Direito Internacional, que não sejam, com a dita convenção, incompatíveis.<sup>341</sup> A terceira forma como é exercido esse papel integrativo está prevista no artigo 293(2), o qual, estabelece que o órgão judiciário previsto na Convenção UNCLOS, sem prejuízo de poder se utilizar de outras normas de Direito Internacional, que com ela não sejam incompatíveis, também poderá fazer uso da equidade, se as partes concordarem, afastando, inclusive, a própria Convenção UNCLOS.<sup>342</sup>

---

<sup>338</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.232.

<sup>339</sup> Ibid. p.232.

<sup>340</sup> Ibid. p.232/233.

<sup>341</sup> Ibid. p.233.

<sup>342</sup> Ibid. p.223.

Ambas as disposições sobre o direito aplicável, na Convenção UNCLOS, permitem que um órgão judiciário, relacionado à dita convenção, aplique o Direito externo à ela, inclusive, afastando ela própria, como ocorre no caso da aplicação da equidade.

Há, porém, controvérsia interpretativa, com relação à maneira como se deve tratar os artigos 288 e 293. Seguindo as máximas hermenêuticas, a convenção deve ser vista como um todo e os referidos artigos devem operar juntos de forma compatível. Porém, interpretações que procuram evitar contradições internas são preferíveis, em relação àquelas que não o fazem.<sup>343</sup>

O texto de Volbeda também faz uma comparação entre o sistema de jurisdição suplementar norte-americano e a Convenção UNCLOS, dizendo que naquele sistema, primeiro se firma a jurisdição, para depois se determinar o direito aplicável. Diz Volbeda que, da mesma forma, a convenção isola a questão da jurisdição (artigo 288) - relacionando-se à primeira função integrativa, antes referida - do tema do direito aplicável (artigo 293) - através do qual, opera a segunda função integrativa, antes mencionada. O Reino Unido sustenta que deve existir uma simetria entre a jurisdição para uma dada disputa e o direito aplicável. Mas, teria sido exatamente esse tipo de simetria que o sistema de jurisdição suplementar dos Estados Unidos quis evitar.<sup>344</sup>

Sem embargo, não há no sistema de jurisdição suplementar norte-americano, conforme visto anteriormente, uma limitação quanto à matéria, para os casos em que a corte federal julga conjuntamente pleitos federais e não-federais.<sup>345</sup>

Além disso, o risco levantado pelo Reino Unido, de que a jurisdição do tribunal arbitral fosse dramaticamente majorada, pela adoção de outras normas de Direito Internacional, extraconvencionais, não ocorreria, segundo Volbeda, porque, em se determinando, em primeiro lugar, a jurisdição, não teria como ocorrer a majoração da jurisdição, por força da determinação do direito aplicável.<sup>346</sup>

Assim, a posição de Volbeda é uma crítica à decisão do tribunal arbitral UNCLOS de suspensão do procedimento, para privilegiar a jurisdição da Corte Europeia de Justiça. Mas, o ponto mais interessante da crítica diz respeito à preocupação do doutrinador com o fato das transformações recentes no Direito Internacional, com a multiplicação exponencial de tratados e convenções, poder levar à ineficiência da jurisdição internacional, seja pelo risco de decisões contraditórias, seja pela falta de cumprimento das normas, por força da própria

---

<sup>343</sup> Ibid. p.235.

<sup>344</sup> Ibid. p.238.

<sup>345</sup> MURPHY, Patrick. op. cit. p.993.

<sup>346</sup> VOLBEDA, M. Bruce. op. cit. p.239.

ausência de mecanismos adequados de solução de controvérsias e de decisões que sejam vinculantes.

Essa preocupação - a qual, poderia encontrar na utilização de convenções-quadro, como a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS), um remédio - relaciona-se com um fenômeno observado no Direito Internacional contemporâneo, referido no Relatório Koskenniemi, que é o da fragmentação do Direito Internacional.

O Caso MOX é um exemplo desse fenômeno, porque, além da proliferação de tratados e convenções haver permitido a sobreposição de vários mecanismos de solução de controvérsias distintos, incidindo sobre a mesma matéria fática, gerando o risco sistêmico de soluções contraditórias para o mesmo problema; também perdeu-se tempo e dinheiro, em anos de disputas em foros diferentes, criando uma sensação de inutilidade do Direito Internacional e suas instituições, acabando-se por se privilegiar um posicionamento jurídico soberanista e ultrapassado, em detrimento das instituições internacionais e do próprio Direito Internacional, por se recusar à Convenção UNCLOS o caráter de convenção-quadro, com natureza de constituição, não de estatuto.

Como já se havia alertado em 2007<sup>347</sup>, não é que a soberania tenha desaparecido, com as mudanças recentes do Direito Internacional. Ela agora é exercida, também, através dos blocos regionais – inclusive, em detrimento da soberania dos próprios Estados-membros -, porque, com a mudança de escala jurídico-econômica, abandonando a esfera das fronteiras nacionais, tenta-se evitar a força atrativa dos impérios – leia-se Estados Unidos e China. A Europa atuou, no Caso MOX, como faria qualquer soberania continental europeia do século XIX, individualmente, ao invés de privilegiar o foro multilateral internacional.

Na competição entre os regimes autônomos, portanto, prevaleceram os interesses regionais sobre os interesses funcionais, para usar da lógica do artigo de Koskenniemi<sup>348</sup>. Tudo isso enseja inúmeras discussões sobre a natureza do fenômeno da fragmentação do Direito Internacional, conforme ensina o Caso MOX, utilizado para fornecer uma base fática para essa análise.

Afinal, a fragmentação do Direito Internacional é, necessariamente, algo ruim? É uma quebra de um sistema jurídico realmente existente – o Direito Internacional? Ou será que a fragmentação do Direito Internacional é meramente um discurso, utilizado apenas com a finalidade de se obter maior controle sobre os desdobramentos mais recentes no campo

---

<sup>347</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. op. cit. p.54/55.

<sup>348</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education**. op. cit. p.1.

internacional? Ou ainda, será a fragmentação do Direito Internacional resultante do pluralismo inerente ao ramo jurídico em tela, vista dessa forma, como algo perfeitamente saudável para o Direito Internacional? Poderá a fragmentação do Direito Internacional ser algo que decorra de intencionalidades, não sendo um processo espontâneo?

São perguntas que a tese procura responder, para saber, a final, se há alguma solução para as questões trazidas pelo Caso MOX, ou mesmo, se essa fragmentação, em si mesma, é um problema a ser resolvido.

Para tanto, convém verificar as diversas posições doutrinárias sobre a natureza do processo de fragmentação do Direito Internacional, vendo as questões trazidas pelo caso em estudo de forma um pouco mais geral.

## **2.4 Posições Doutrinárias sobre a Fragmentação do Direito Internacional**

### **2.4.1 A Fragmentação do Direito Internacional como uma Quebra Indesejável do Sistema**

A posição doutrinária, segundo a qual, o fenômeno da fragmentação representa um mal, corporificado no risco de perda do caráter sistemático do Direito Internacional, corresponde à visão mais tradicional. Ela assume, em primeiro lugar, que o Direito Internacional é um direito e é um sistema<sup>349</sup>.

Segundo Benvenisti, a visão do Direito Internacional como um sistema deve-se à abordagem alemã para o Direito Público em geral e para o Direito Internacional Público, em particular, que se esforçaria para ver as várias normas jurídicas existentes em um arranjo coerente e hierárquico, ordenado logicamente. Essa visão sistemática, na visão de Benvenisti, tem sido uma ferramenta poderosa para o desenvolvimento do ramo jurídico, na falta de um legislador universal.<sup>350</sup>

Destaca Benvenisti que essa visão sistêmica do Direito Internacional não é a única existente, havendo uma tendência recente na doutrina internacionalista, de viés norte-americano, que percebe o Direito Internacional como tratados internacionais solitários, que transitam em meio ao "abismo da anarquia internacional", sem qualquer hierarquia.<sup>351</sup>

Tais diferenças vão se refletir nas diversas posições doutrinárias sobre o fenômeno da fragmentação do Direito Internacional, como se verá, ainda neste capítulo.

---

<sup>349</sup> BENVENISTI, Eyal. **The Conception of International Law as a Legal System**. Tel Aviv: Tel Aviv University Law Faculty Papers. Paper 83, 2008.p. 10/11.

<sup>350</sup> Ibid. p.1.

<sup>351</sup> Ibid. p.3.

Sobre essas premissas, a tese se debruçará mais adiante, quando analisar a famosa crítica de Hart<sup>352</sup>, no Capítulo III, bem como, quando se referir ao papel da diferenciação funcional na fragmentação do Direito Internacional, que se encontra no Capítulo II.

O trabalho, por ora, se limitará a mostrar como essa concepção mais tradicional de Direito Internacional percebe o fenômeno da fragmentação desse ramo jurídico. Se assim o é, uma das vozes mais proeminentes dessa corrente doutrinária mais conservadora é Dupuy, que possui um extenso trabalho, versando sobre a unidade do Direito Internacional<sup>353</sup>, além de um texto bastante provocativo, no qual, discute se a fragmentação do Direito Internacional existe mesmo ou se o que há é somente uma percepção de sua existência<sup>354</sup>. Em primeiro lugar, o doutrinador investiga as causas do risco de fragmentação do Direito Internacional, que é percebido como uma ordem jurídica, em outras palavras, um “conjunto organizado de normas e de instituições destinado”, em especial, a “estabelecer as condições de criação de obrigações de seus sujeitos e permitir a implementação das sanções”, para os que não as respeitem.<sup>355</sup>

Dupuy inicia o seu arrazoado, afirmando que, no dia 27/10/2000, o Presidente da Corte Internacional de Justiça subiu à tribuna da Assembleia Geral das Nações Unidas, para alertar que a unidade da ordem jurídica internacional poderia dar lugar à sua fragmentação<sup>356</sup>. O fato já havia sido observado pela doutrina, afirmando Dupuy ter sido Wellens o precursor a respeito do tema.<sup>357</sup>

O então Presidente da Corte Internacional de Justiça, em 27/10/2000, proferiu uma palestra denominada "A Proliferação dos Corpos Jurisdicionais Internacionais: A Perspectiva para a Ordem Jurídica Internacional"<sup>358</sup>, no Sexto Comitê da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, na qual, afirmava que iria tratar de um fenômeno, que trazia preocupação, tanto para acadêmicos, quanto para operadores do Direito.

Observou Guillaume que houve uma enorme proliferação de órgãos julgadores, na área internacional, de caráter permanente e *ad hoc*, como resposta ao incremento nas relações

<sup>352</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.p.229/253.

<sup>353</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **L'Unité de L'Ordre Juridique International. Cours Général de Droit International Public**. op. cit. p.489.

<sup>354</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** Fiesole: European University Institute, LAW, n. 14, 2006.12 p.

<sup>355</sup> Ibid. p.3.

<sup>356</sup> Ibid. p.1.

<sup>357</sup> WELLENS, Karel. Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflexions on Current Trends. Nova Iorque: New York International Law, n. 25, 1994. p.36/37. Apud DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** Fiesole: European University Institute, LAW, n. 14, 2006.p.1.

<sup>358</sup> GUILLAUME, Gilbert. **The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order**. Haia: Corte Internacional de Justiça, 2000. In <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>. Acesso em 12/07/2016. p.1/3.

interessado e nas transações transfronteiriças, já que esses fatos demandaram regramento jurídico pelo Direito Internacional.<sup>359</sup>

Destacou, ainda, que a diversificação das áreas abrangidas pelo Direito Internacional, fez com ele se tornasse mais complexo, com intensa especialização, mercê da necessidade de maior conhecimento técnico-científico para atuar em certas matérias. Em paralelo, a necessidade de decidir certas controvérsias entre Estados, exigiu a criação de tribunais mais sensíveis a peculiaridades locais, sendo a sua composição determinada no nível regional.<sup>360</sup>

Isso teria influenciado o Direito Internacional, tanto em termos procedimentais, quanto em termos de seu próprio conteúdo, de tal modo, que não se teria como estimar as suas consequências de longo prazo. A primeira consequência destacada por Guillaume foi o da existência de superposição de jurisdições. A segunda, como consequência da primeira, o risco de decisões contraditórias. Afirmou Guillaume que os sistemas jurídicos nacionais têm como lidar com isso, mas não o internacional.<sup>361</sup>

Para lidar com o problema, Guillaume sugeriu que a Corte Internacional de Justiça passasse a atuar como segunda instância dos demais tribunais internacionais, já que o artigo 92 da Carta das Nações Unidas diz que ela é o "principal órgão jurisdicional das Nações Unidas". Também sugeriu o diálogo interjurisdicional; auto-contenção das cortes internacionais, nas suas relações com as demais; além de franquear a Corte Internacional de Justiça como órgão consultivo para as demais.<sup>362</sup>

Sobre a fala de Guillaume, esclareceu Dupuy, dizendo que o alerta dirigiu-se a um fenômeno orgânico, que é a multiplicação crescente de jurisdições internacionais e o risco decorrente do surgimento de decisões internacionais contraditórias e de jurisprudências contraditórias, portanto. Assim, apenas para exemplificar, aquela corte regional de Direito Internacional de Direitos Humanos ou aquele órgão judiciário especializado poderiam dar interpretações, sobre um número crescente de normas de Direito Internacional geral, que seriam divergentes daquelas dadas pela Corte Internacional de Justiça.<sup>363</sup> Ou ainda, tendo em vista o Princípio do Efeito Relativo dos julgamentos da Corte Internacional de Justiça, previsto no artigo 59 do seu estatuto, cada órgão em questão poderia vir a dizer que as suas

---

<sup>359</sup> Ibid.p.1.

<sup>360</sup> Ibid.p.1.

<sup>361</sup> Ibid. p.2.

<sup>362</sup> Ibid. p.3.

<sup>363</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?**op.cit. p.2.

próprias interpretações seriam as mais determinantes para o conjunto de sujeitos do Direito Internacional.<sup>364</sup>

Quanto a esse aspecto, entende Dupuy, a Corte Internacional de Justiça desempenha um papel central, na manutenção da unidade de interpretação do Direito Internacional, sendo, exatamente tal função que se encontraria ameaçada pelo fenômeno da fragmentação<sup>365</sup>. De forma totalmente aberta, Dupuy relaciona, portanto, o fenômeno da fragmentação do Direito Internacional, com ameaça à função da Corte Internacional de Justiça, de intérprete privilegiada do Direito Internacional, fato lembrado por Guillaume, ao referir-se ao artigo 92 da Carta das Nações Unidas.<sup>366</sup>

Para compreender a razão da manifestação do Presidente da Corte Internacional de Justiça, perante a Assembléia Geral das Nações Unidas, é preciso retroagir à tomada de posição dissidente, que a Câmara de Apelação do Tribunal Internacional Penal para a Ex-Iugoslávia, sob a Presidência de Antonio Cassese, adotou no Caso Tadic – que será detalhado mais adiante, quando a controvérsia será esmiuçada -, relativamente à jurisprudência estabelecida da Corte Internacional de Justiça, no que se refere às condições de imputação de responsabilidade ao Estado, quanto a danos causados por movimento armado e aos critérios de controle de um sobre o outro.<sup>367</sup>

A bem da verdade, o Caso Tadic é mesmo uma excelente ilustração da fragmentação do Direito Internacional, eis que, ainda neste ano (2016), vinte e um anos após o julgamento, Casese ainda afirma que a Corte Internacional de Justiça perdeu uma excelente oportunidade de elaborar e melhorar o seu critério de controle efetivo, utilizado no Caso Nicarágua, já que ela não fez justiça ao raciocínio empregado no Caso Tadic, o de controle total, que também seria aplicável aos casos de responsabilidade, ao contrário do que teria sido afirmado pela Corte Internacional de Justiça<sup>368</sup>.

Para Dupuy, a questão da fragmentação da ordem jurídica internacional ultrapassa a questão da concorrência potencial entre cortes e tribunais internacionais, por conta do surgimento de uma doutrina, a dos “*self-contained regimes*”, satirizando os seus adeptos, ao referir-se a tais regimes autônomos como espécies de mônadas jurídicas flutuantes, totalmente autônomas, em um éter jurídico, cujo ectoplasma já teria sido avistado sobre diversas regiões como o Direito das Relações Diplomáticas, sobre o novo Direito Internacional do Comércio, o

<sup>364</sup> Ibid..p.2.

<sup>365</sup> Ibid. p.2.

<sup>366</sup> GUILLAUME, Gilbert. op. cit.p.3.

<sup>367</sup>DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?**op. cit. p.2.

<sup>368</sup> CASESSE, Antonio. **The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia**. Fiesole: European Journal of International Law, 2016.p.667/668.

Direito Comunitário Europeu, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Ambiental e o Direito Internacional Econômico.<sup>369</sup>

Nesse sentido, afirmam Simma e Pulkowski<sup>370</sup> que, se houvesse uma escala de especialidade, no final dessa escala, excluindo a aplicação do regime geral, estaria o regime autossuficiente. O termo designaria, então, uma forma forte de lei especial.

O termo teria sido cunhado no Caso Wimbledon, perante a Corte Permanente de Justiça Internacional, quando se decidia se as provisões contidas no Tratado de Versalhes sobre as hidrovias alemãs abrangeriam o Canal de Kiel. A esse respeito, a Corte Permanente, então, se pronunciou no sentido de que as regras incidentes sobre o Canal de Kiel divergiam substancialmente das demais, fazendo parte de um "regime auto-suficiente" no interior do Tratado de Versalhes<sup>371</sup>. Ironicamente, percebe-se que o mal trazido pelo Tratado de Versalhes não foi, somente, o de proporcionar as condições para a Segunda Guerra Mundial, mas, pior ainda, para a criação de um monstro doutrinário no Direito Internacional contemporâneo. Observam Simma e Pulkowski que a Corte Permanente de Justiça Internacional utilizou o conceito para o fim de interpretar as relações existentes entre dois conjuntos de obrigações internacionais primárias.

Posteriormente, no Caso dos Reféns em Teerã, o conceito de "*self-contained regimes*" teria sido transposto para as regras secundárias, de modo que o regimes das consequências jurídicas específicas do Tratado de Viena sobre Relações Diplomáticas seria auto-suficiente, em relação as regras costumeiras da responsabilidade internacional dos Estados.<sup>372</sup>

A partir de então, a doutrina tem atribuído vários níveis de autonomia aos "*self-contained regimes*". No primeiro deles, vê-se o regime auto-suficiente como um subsistema jurídico inteiramente autônomo, o que é fortemente contestado por Simma e Pulkowsky<sup>373</sup>, com base na Sociologia Jurídica de Luhmann<sup>374</sup>, porque sistemas sociais não podem existir isolados de seu ambiente, estando todos os sistemas interligados por acoplamento estrutural.

Também entendem Simma e Pulkowski que o termo não pode ser utilizado para descrever a norma especial, no nível das regras primárias, como fez, originalmente, a Corte Permanente de Justiça Internacional, no Caso Wimbledon. Desde o Caso Reféns de Teerã, a

<sup>369</sup>DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p.2.

<sup>370</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. op. cit. p. 490.

<sup>371</sup> Ibid. p. 491.

<sup>372</sup> Ibid. p. 491.

<sup>373</sup> Ibid. p. 492.

<sup>374</sup> LUHMANN, Niklas. Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997.p.170/779. *Apud* SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. **Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 17, n. 3, 2006.p. 492.



discussão doutrinária, a respeito dos "*self-contained regimes*" tem se limitado à questão da eventual completude do subsistema de regras secundárias. Nesse sentido, o termo vem sendo utilizado para descrever um subsistema, que abranja um conjunto completo e definitivo de regras secundárias. Por isso, a principal característica de um regime auto-suficiente é a de excluir totalmente a aplicação da regra geral para atos ilícitos, em particular, as contramedidas, por parte do Estado ofendido.<sup>375</sup>

Dupuy concorda com Simma e Pulkowski, mas, ironicamente, alega estar fora de discussão que a instalação de barreiras no entorno de um campo determinado da produção normativa internacional possui as suas vantagens, permitindo que se blinde o seu campo de estudo, recortando-lhe de seu contexto jurídico global, não sendo mais necessário aprofundar-se e, nem mesmo, perceber as ligações importantes, que existem entre essa ou aquela circunscrição com o Direito Internacional geral.<sup>376</sup>

Entende ele ser um desafio para todos saber compreender a evolução do Direito Internacional geral, através de sua interação de suas produções, de suas interpretações e de suas práticas especiais. Ao tentar concentrar-se sobre a análise de um único campo de produção normativa determinado, ele é voluntariamente separado de todo o contexto normativo.<sup>377</sup>

Afirma Dupuy que qualquer justificação teórica daqueles que veem os regimes especiais por todo o lado não resiste, verdadeiramente, à análise, porque, mesmo que um subsistema de Direito possua originalidades, no que toca às suas normas secundárias, de reconhecimento, de produção e de adjudicação, não se deveria cortá-lo do corpo de princípios que governa a interpretação das obrigações internacionais, em especial, as convencionais.<sup>378</sup> Ao dizê-lo, aproxima-se das conclusões de Simma e Pulkowski<sup>379</sup> sobre o tema, bem como, de Abi-Saab<sup>380</sup>.

Abi-Saab considera que a especialização dá significado aos regimes "especiais", mas, por mais que eles sejam autônomos e particulares, não podem ser totalmente auto-suficientes, em relação à ordem jurídica. Para que ele prossiga sendo parte dessa ordem jurídica, alguma espécie de relação, ainda que tênue, tem de manter com ela. Caso contrário, se todos os liames são rompidos, ele se torna uma ordem jurídica, em si mesmo, uma espécie de "Frankenstein

<sup>375</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. op. cit. p. 493.

<sup>376</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p.2.

<sup>377</sup> Ibid. p.2.

<sup>378</sup> Ibid. p.2.

<sup>379</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. op. cit. p. 492/493.

<sup>380</sup> ABI-SAAB, Georges. **Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks**. Nova Iorque: Journal of International Law and Politics, vol. 31, n.4, 1999. p. 926.

jurídico", deixando de partilhar da mesma legitimidade e dos padrões formais de pertinência.<sup>381</sup>

Por sua vez, Dupuy<sup>382</sup> demonstra a necessidade de compartilhamento de alguma espécie de vínculo com a ordem jurídica internacional, em geral, invocando a regra do artigo 31, 3, c, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual, estabelece que um tratado deve ser interpretado, levando em conta todas as regras pertinentes de Direito Internacional, aplicáveis às relações entre as partes. Diz que a importância que lhe é dada pela Corte Internacional de Justiça, no Caso das Plataformas, bem como, por órgãos judicioriformes como o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio, provaria ser necessário, no mínimo, se entender sobre as palavras. Assim, se são chamados de “regimes autônomos”, os sistemas jurídicos internacionais funcionariam totalmente como sistemas fechados, porque é isso o que essa expressão diria literalmente, o que, no entender do doutrinador, seria um mero mito.

Dupuy faz uma observação bastante interessante, em seguida, ao dizer que um campo como o do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por exemplo, longe de ser um mero apêndice do Direito Internacional contemporâneo, é um de seus fundamentos, concorrendo com o Princípio da Soberania.<sup>383</sup> Sem embargo, não apenas o subsistema especializado não se isola do Direito Internacional geral, como acaba por fornecer um de seus principais fundamentos, a ponto de se dizer que ele é o elemento unificador da "comunidade ética"<sup>384</sup>, ou ainda, um Direito Internacional baseado em consenso<sup>385</sup>.

Foram os horrores<sup>386</sup> e a destruição trazida pelas Guerras Mundiais do século XX, que reintroduziram um elemento essencial ao renascimento do conceito de uma unidade orgânica internacional: os valores, a reboque dos direitos humanos. De fato, no período pós-guerra, o crescimento da teorização sobre os direitos humanos trouxe novo vigor ao próprio jusnaturalismo<sup>387</sup>, depois de longo primado positivista<sup>388389</sup>.

<sup>381</sup> Ibid.p. 926.

<sup>382</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p.2.

<sup>383</sup> Ibid. p.3.

<sup>384</sup> NOUR, Soraya. **À Paz Perpétua de Kant. Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.p. 54/60.

<sup>385</sup> SCHILLING, Theodor. **On the Constitutionalization of General International Law**. Nova Iorque: Jean Monnet Working Paper 06/05, 2005.p. 32/38.

<sup>386</sup> BECK, Ulrich. **La Mirada Cosmopolita o La Guerra es La Paz**. Barcelona: Paidós, 2005. p. 98. O autor afirma que o auge do cosmopolitismo realista e politicamente eficaz, com o surgimento de instituições-chave, como a ONU, a CIJ, o Banco Mundial, a OTAN, a OCDE e outras, seria uma “involuntária seqüela de Hitler”, que teria originado o “nunca mais Auschwitz !”, máxima moral da nova Europa e impulso essencial da luta pela irrenunciabilidade dos direitos humanos.

<sup>387</sup> SCHMITT, Carl. **La Tiranía de Los Valores**. Buenos Aires: Hydra, 2010. p. 107.

<sup>388</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 1/3.

Alega Dupuy que o fato de se invocar o conceito de "fragmentação", necessariamente, implicaria que tal fenômeno afeta um conjunto coerente, o que atestaria a existência efetiva de uma ordem ou sistema jurídico, o sistema jurídico internacional.<sup>390</sup> Evidentemente, o conceito tem sido manejado por aqueles que acreditam na existência, mas, principalmente, na necessidade de ordem e hierarquia no Direito Internacional. Quando se questiona o termo "fragmentação", afirmando-o um mero discurso<sup>391</sup>, por outro lado, nega-se a existência desse todo sistemático pré-existente.

Partindo-se da argumentação utilizada por Dupuy, tanto se poderia criar uma realidade no Direito Internacional, com o uso de um vocábulo como "fragmentação", como se poderia negar algo eventualmente palpável, pela mero desuso do termo. Seria como se o Golem pudesse ganhar vida, pelo mero fato de se haver escrito o nome indizível de Deus, ou se o Direito Internacional ganhasse uma existência como ordem ou sistema, puramente, porque a Corte Internacional de Justiça, através de seus juízes, utiliza a expressão "fragmentação" em seus discursos. Não é, portanto, um argumento válido de *per si*.

Afirma Dupuy, no mesmo sentido do argumento anterior, que tal reconhecimento, em si mesmo subjetivo, mostra-se marcado pela cultura e pela ideologia, sendo muito importante para o Direito Internacional. Porém, o simples fato de uma ordem jurídica existir como representação mental, uma forma de dar conta de uma relação imaterial entre os atores das relações jurídicas, animados todos pela convicção de que estão em um jogo, cujas regras devem ser respeitadas, isso faz com que alguns doutrinadores expressem algumas dúvidas sobre a realidade do Direito Internacional como ordem jurídica.<sup>392</sup>

Dentre tais doutrinadores, há Goldsmith e Posner<sup>393</sup>, que acreditam que o Direito Internacional seja um mero reflexo dos interesses de curso prazo dos Estados, em suas relações bilaterais, baseando-se na famosa assertiva de Henkin<sup>394</sup>, segundo a qual, "quase todos os Estados observam quase todos os princípios de Direito Internacional e quase todas as obrigações, quase todo o tempo". Para Henkin, o Direito Internacional sequer é um direito, porque não há lei na esfera internacional, além dos mecanismos de coerção.

<sup>389</sup> ROMMEN, Heinrich A. op. cit. p.119.

<sup>390</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p.3/4.

<sup>391</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte. **The Retic of Fragmentation: Fear and Faith in International Law.** op. cit. p.1/28.

<sup>392</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p.4.

<sup>393</sup> GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. **A Theory of Customary International Law.** Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper, n.63, 2004.p.77/79.

<sup>394</sup> HENKIN, Louis. **How Nations Behave.** 2 ed. Nova Iorque: Columbia University Press, 1979. p. 47.

Goldsmith e Posner vão pela mesma linha argumentativa, acrescentando que, com relação ao costume internacional, especificamente, os tribunais e os doutrinadores generalizam o que foi feito pelos Estados, no passado, ainda que o tenham feito, no serviço de seu próprio interesse nacional, de modo que, somente violarão o costume internacional, caso, irracionalmente, venham a contrariar o seu próprio interesse nacional.<sup>395</sup>

Dizem eles que o costume internacional existe "lá fora" e que os Estados precisam decidir quando cumprí-lo e quando violá-lo. Afirmam os referidos doutrinadores que os crentes na existência desse costume internacional imaginam ser sua tarefa descobrir esse costume, para que os Estados procedam segundo ele. Mas não seria possível dizer o que é esse costume internacional, apenas olhando o que os Estados efetivamente fazem. Mesmo assim, se avalia o que fez o Estado, pelo costume internacional e se determina o costume internacional, observando o que os Estados fazem.<sup>396</sup>

Como em resposta a tais argumentos, diz Dupuy que a dimensão subjetiva, mas não virtual, do Direito Internacional como ordem jurídica, seria reforçada pelo fato que as sanções raramente são centralizadas, de modo contrário ao que ocorre no direito interno. Mas, uma ordem jurídica existiria, a partir do momento em que a sua alteridade, em relação a outros sistemas de Direito, seria averiguada pela prática, em especial, a jurisdicional.<sup>397</sup> Exatamente por isso, os maiores internacionalistas dualistas como Anzilotti e Triepel teriam reconhecido pioneiramente a existência de uma realidade social, segundo a qual, a ordem jurídica internacional existiria independentemente das ordens jurídicas internas.<sup>398</sup>

Diz Dupuy que, atualmente, não se duvida da existência da uma ordem jurídica internacional. Toda a atenção que comunidade internacional demonstra, com relação ao perigo de sua fragmentação seria, precisamente, o testemunho mais recente disso, senão, o menos paradoxal. Porém, não é menos significativo que a Comissão de Direito Internacional haja constatado que, melhor do que fragmentação, seria melhor falar de complexificação da ordem jurídica internacional.<sup>399</sup>

Sustenta Dupuy que a realidade da ordem jurídica internacional depende da percepção e da interpretação que se faz, sendo normalmente tributária da maneira como é apreendida pelos legisladores e pelos intérpretes. Assim, quando o legislador nacional refere-se ao Direito

---

<sup>395</sup> GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. op. cit. p.77/79.

<sup>396</sup> Ibid.p.78.

<sup>397</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit.p.4.

<sup>398</sup> Ibid. p.4.

<sup>399</sup> Ibid.p.4.

Internacional, ele contribui para esse reconhecimento, consolidando o entendimento de que ele constitui uma ordem jurídica.<sup>400</sup>

Da mesma forma, cada vez que as partes, no âmbito de algum dos milhares de tratados bilaterais para o tratamento e a proteção dos investimentos, se referem às regras de Direito Internacional, para definir, por exemplo, o que seria um tratamento justo e equitativo dos investimentos estrangeiros pelo Estado hospedeiro, eles reforçam, nem tanto a objetividade da ordem jurídica internacional, mas a sua efetividade, ou seja, a sua realidade, além de sua validade. O Direito e o Direito Internacional em particular, resultam assim de um equilíbrio sutil entre a ficção e a realidade.<sup>401</sup>

Em suma, se as expressões "Direito Internacional" ou "fragmentação do Direito Internacional" são utilizadas pelos operadores do Direito, isso significaria que o Direito Internacional existe como ordem jurídica - autônoma e hierarquizada -, ainda que, na falta de um legislador universal ou de mecanismos apropriados de coerção, ou ainda, que os Estados decidam quando e se vão cumprí-lo. É importante ressaltar esse aspecto do pensamento de Dupuy, que está de acordo com o referido por Benvenisti<sup>402</sup> - sentido de que essa não é a única visão possível e que se trata de uma escolha -, já que ele é premissa de quem vê a fragmentação do Direito Internacional como um risco à sua unidade.

Benvenisti salienta que os introdutores dessa visão no mundo anglo-americano - que eram imigrantes como Lieber, Oppenheim, Lauterpacht, Schwarzenberger, Kelsen e outros - propagaram os ensinamentos de doutrinadores do século XIX como Von Martens, Heffter e Bluntschli, tendo essa forma de ver o Direito Internacional chegado aos dias atuais, por conta do que se extrairia do relatório da Comissão de Direito Internacional sobre fragmentação do Direito Internacional.<sup>403</sup>

Partindo, então, da premissa da existência de uma ordem jurídica internacional, organizada, sistêmica, hierarquizada, Dupuy afirma que os juízes internacionais possuem um papel determinante, seja na manutenção da unidade do Direito Internacional, seja no desencadeamento da fragmentação da ordem jurídica internacional. As jurisdições penais internacionais, o Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS), as cortes e órgãos de controle do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio, os tribunais arbitrais, todos estão embarcados no mesmo direito,

---

<sup>400</sup> Ibid. p.4.

<sup>401</sup> Ibid. p.4/5.

<sup>402</sup> BENVINISTI, Eyal. **The Conception of International Law as Legal System**. op. cit. p. 3/4.

<sup>403</sup> Ibid. p. 3/4.

devendo se mover com cuidado e coordenação, se não quiserem virá-lo. Todos falam um idioma, cuja gramática comum é o Direito Internacional.<sup>404</sup>

Porém, como não existe um Poder Judiciário internacional, nem centralização formal do poder de interpretação, nem jurisdição de último recurso, nem mesmo, uma função jurisdicional estruturada e organizada organicamente, existe a dificuldade. De fato, a Corte Internacional de Justiça possui, somente, uma competência geral. Mas, é reconhecida como uma referência geral, tanto que o Órgão de Apelação da Organização Mundial de Comércio, espontaneamente, consultou a sua jurisprudência para ver se haveria o reconhecimento do Princípio da Precaução. Diz Dupuy que o fenômeno representado pelo Caso Tadic, felizmente, teria sido um episódio isolado.<sup>405</sup>

Nota-se que o combo da fragmentação do Direito Internacional, para os doutrinadores mais tradicionais, não apenas inclui a crença prévia na existência de uma ordem ou sistema, como a presunção de uma proeminência técnica da Corte Internacional de Justiça sobre todas as demais, ainda que, não ainda, na posição de corte recursal.

Interessante notar que Tiba aponta a Corte Internacional de Justiça como uma das razões da existência do fenômeno da fragmentação, tendo em vista razões de ordem funcional<sup>406</sup>. Elas incluem o ônus do trabalho da corte, a sua composição, a falta de conhecimento técnico-científico especializado e a falta de confiabilidade. Quanto ao primeiro item, aduz que, se os Estados submetessem todas as suas disputas justiciáveis à Corte Internacional de Justiça, o tribunal não teria como lidar com o ônus do trabalho, pela falta de recursos. Contribui para o atraso na produção de decisões, o fato do tribunal reunir-se com o plenário de quinze membros, o invés de ser subdividido em câmaras. Porém, não há evidências de que seja esse o motivo dos Estados não submeterem as suas causas à corte.<sup>407</sup>

No que toca à composição da Corte Internacional de Justiça, alega-se que a prática de "assentos especiais reservados", com base em consenso, para determinadas potências regionais, além da eleição rotineira de juízes oriundos dos membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, traz falta de representatividade para algumas regiões e a opção por outros tribunais.<sup>408</sup>

---

<sup>404</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p.5.

<sup>405</sup> Ibid. p.5.

<sup>406</sup> TIBA, Firew Kebede. **What Caused the Multiplicity of International Courts and Tribunals?** Spokane: Gonzaga Journal of International Law, vol. 10, 2002.p. 208/214.

<sup>407</sup> Ibid. p. 208/209.

<sup>408</sup> Ibid. p. 209.

Outra razão apontada para a escolha por outros tribunais internacionais e outros métodos de solução de controvérsias é a falta de conhecimento técnico-científico para resolver determinadas disputas, em razão da matéria.<sup>409</sup>

Por fim, há a questão da desconfiança na imparcialidade da Corte Internacional de Justiça, dando-se como exemplo a posição da corte no Caso Nicarágua.<sup>410</sup> Essa questão é tão presente, ainda hoje, que é apontada como causa para a fragmentação do Direito Internacional, tanto pelo fato do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia haver, alegadamente, decidido em dissonância com a Corte Internacional de Justiça, no Caso Tadic, como pelo fato da Corte Internacional de Justiça haver decidido o Caso Nicarágua, da forma como decidiu, supostamente, levando em corte a retirada dos Estados Unidos da cláusula de jurisdição opcional da dita corte, por também desconfiar de um viés dos juízes contra os seus interesses nacionais<sup>411</sup>.

Exatamente por isso, é que Casesse, já em 2007, alega que se pode bem compreender as razões, que levaram a Corte Internacional de Justiça de estabelecer um critério tão estrito, para atribuir sérias violações dos direitos humanos, cometidas pelos Contras, ao governo dos Estados Unidos, apesar de haver, sem qualquer hesitação, imputado aquele país todas as ações de armar, treinar e equipar - sem prejuízo de outras - os rebeldes nicaraguenses.<sup>412</sup>

Ora, como seria possível reconhecer a ingerência e até algum grau de controle dos Estados Unidos sobre as tropas rebeldes, mas não reconhecer a responsabilidade daquele país por matança de prisioneiros de guerra ou de civis, sequestros, assassinatos, tortura ou estupro, que representam sérias violações aos direitos humanos?<sup>413</sup>

Afirma, ainda, Casesse que o critério do controle efetivo não seria baseado em qualquer prática judicial ou dos Estados, sendo tal prática existente, somente no caso de indivíduos que agem em nome de um Estado, não de um grupo de rebeldes. A utilização desse critério, no caso de grupos armados, contrariaria o corpo de regras e princípios da Responsabilidade Internacional dos Estados.<sup>414</sup>

Dessa forma, a Corte Internacional de Justiça perdeu a confiança de Estados mais fracos, o que levou ao prestígio de outros tribunais internacionais, em detrimento da maior utilização daquela corte<sup>415</sup>.

---

<sup>409</sup> Ibid. p. 212.

<sup>410</sup> Ibid. p.213.

<sup>411</sup> Ibid. p.213.

<sup>412</sup> CASESSE, Antonio. op. cit. p. 654.

<sup>413</sup> Ibid. p. 654.

<sup>414</sup> Ibid. p. 654.

<sup>415</sup> TIBA, Firew Kebede.op. cit..p.213.

Como em resposta a tais afirmações, Dupuy sustenta que a posição da Corte Internacional de Justiça é a mais difícil de todas, porque, fundada no consentimento dos Estados, devendo ela respeitar a *opinio juris* que eles tenham sobre o direito aplicável, sem contudo, deixar de reconhecer as tendências de fundo, manifestadas no seio do corpo social internacional, fazendo menção, então, à jurisprudência evolutiva, que teria surgido, quando do aviso consultivo no Caso Namíbia, em 1970, tendo sido referida novamente, por exemplo, em 1997, no Caso Gabcikovo-Nagymaros.<sup>416</sup>

Trata-se de uma espécie de justificativa pelo viés político de certas decisões, porque a *opinio juris* de certos Estados é mais importante que a *opinio juris*, genericamente considerada.

Quanto ao papel da doutrina, Dupuy faz referência à discussão sobre a problemática da fragmentação, se ela reflete, apenas, uma tomada de partido ideológica, não correspondendo a um fenômeno sócio-jurídico real, ou ainda, se realmente existente, se ela não diria respeito, muito mais, ao medo da doutrina, diante das mudanças do Direito Internacional geral.<sup>417</sup>

Diante de qualquer resposta da doutrina, sobre tais questionamentos, Dupuy prefere ater-se a uma questão simples: “- Por que a unidade?”. Dupuy responde a tal questão, afirmando que o pensamento ocidental acha-se impregnado, ainda, do pensamento tomista, existindo certa crença irrazoável de perder o centro, uma fonte inicial de toda a significação jurídica, uma origem única, donde decorreria toda a significação do conjunto. Mas, além dessa influência teológica, haveria, para Dupuy, a questão lógica. Existe a necessidade de um centro. Não há como existir uma ordem jurídica, sem unidade. Além disso, a direção e a significação de um sistema de normas, sujeitos e sanções dependem da unidade.

Pelo que se depreende da posição do doutrinador, a postura anti-fragmentação do Direito Internacional de sua parte decorre de um temor de que o ramo jurídico perca o seu centro - centro que estaria situado no Direito Internacional geral e no seu intérprete privilegiado, a Corte Internacional de Justiça.

Mais uma vez é conveniente retornar aos Casos Tadic e Nicarágua, já que se fala em fragmentação do Direito Internacional e em um centro. É de se questionar o papel da Corte Internacional de Justiça como um centro para a interpretação - e, eventualmente, aplicação -

---

<sup>416</sup>DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit.p.5/6.

<sup>417</sup> Ibid. p.6.



do Direito Internacional geral, como faz, por exemplo, Lavranos<sup>418</sup>, em sua análise sobre o conflito entre o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e a dita corte.

Afirma Lavranos que o desacordo entre a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, em um ponto fundamental para o Direito Internacional geral, operando no mesmo arcabouço das Nações Unidas, pode ser considerada como seriamente violadora da consistência e uniformidade do Direito Internacional como um todo. No seu entender o recente julgamento do Caso Genocídio teria trazido ainda mais fragmentação à já divergente jurisprudência, nesse ponto.<sup>419</sup>

Além desse aspecto, afirma que é altamente questionável que a Corte Internacional de Justiça seja, de fato, competente para limitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, no que toca a aspectos factuais ou jurídicos, em sendo ele um tribunal independente, impedindo que ele expresse os seus próprios pontos de vista em questões fundamentais do Direito Internacional geral, se tais questões são necessárias para que fundamente os seus julgamentos.<sup>420</sup>

Isso se dá, segundo Lavranos, porque não há hierarquia entre a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, se comparado com o que existe entre a Corte Europeia de Justiça e os tribunais nacionais dos Estados-membros, de modo que, a Corte Internacional de Justiça não estaria em condições de estabelecer tal hierarquia, impondo-se como a mais alta corte das Nações Unidas, no que se refere a assuntos de Direito Internacional geral. De igual modo, qualquer corte encarregada de interpretar e aplicar um corpo específico de regras de Direito Internacional está autorizada a interpretar e aplicar regras relacionadas a outros corpos julgadores de Direito Internacional, para o propósito da causa que está a decidir. Tal autoridade, segundo Lavranos, é inerente à jurisdição de qualquer corte ou tribunal internacional.<sup>421</sup>

Por isso, Casesse estaria correto, ao dizer que a Corte Internacional de Justiça se equivocaria, ao afirmar que a Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia estaria fora dos limites de sua jurisdição, quando tratou da responsabilidade internacional dos Estados.<sup>422</sup>

Assim, a própria existência de um centro para o Direito Internacional geral, no que toca a uma espécie de monopólio para a sua interpretação e aplicação, é bastante questionável,

---

<sup>418</sup> LAVRANOS, Nikolaos. op. cit. p.601.

<sup>419</sup> Ibid.p.601.

<sup>420</sup> Ibid. p.601.

<sup>421</sup> Ibid. p.601.

<sup>422</sup> Ibid. p.601.

mais parecendo um "*wishful thinking*" do que realidade fática. Se o Direito Internacional geral tem, por sua própria natureza, um caráter genérico, não pode ficar confinado a um monopólio jurisdicional específico, como se pertencente a um "*self-contained regime*" fosse. O "*self-contained regime*" do Direito Internacional geral, como aparentemente pretendido pela Corte Internacional de Justiça e pelos arautos dos riscos da fragmentação, é uma contradição em termos.

Contra-argumenta Dupuy que a própria segurança das relações jurídicas, reguladas pelo Direito Internacional e sua eficácia, será posta em dúvida, sem a pretendida unidade.<sup>423</sup> Porém, como ficou pelo demonstrado por Tiba<sup>424</sup>, para que haja a unidade - especialmente, em torno dos entendimentos da Corte Internacional de Justiça sobre o que seja o Direito Internacional geral, é preciso que haja maior representatividade das diversas regiões do planeta, refletida na composição da corte; maior confiança na sua imparcialidade; uma reforma administrativa, que dê mais agilidade aos julgamentos; sem prejuízo de outros aspectos. Além de maior deferência da Corte Internacional de Justiça pelas demais<sup>425</sup>.

Atacando as posições doutrinárias favoráveis à existência de regimes jurídicos auto-suficientes no Direito Internacional, em razão da diferenciação funcional, alegou, por outro lado, Dupuy, que o Direito Internacional especial define-se pelo Direito Internacional geral, uma vez que, lhe fornece o vocabulário conceitual e instrumental.<sup>426</sup>

Nesse sentido, não resta dúvida que o regime especializado se abebera de conceitos do Direito Internacional geral, caso contrário, sequer seria Direito Internacional. Porém, a grande discussão está em se definir, caso a caso, qual deve prevalecer, a regra geral ou a especial. Afirmam Simma e Pulkowski existir uma grande indeterminação na solução dessa questão, porque a interpretação dos tratados, nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, não fornece uma solução definitiva para a questão. Dessa forma, apela-se para a presunção. Os advogados da área de Direito Internacional Público interpretam a presunção em favor do Direito Internacional geral. Por outro lado, os advogados do Direito Comunitário ou os especialistas do Direito do Comércio Internacional adotam a presunção contrária. Ambas as presunções são solidamente ancoradas em teorias.<sup>427</sup>

Dupuy também insiste, com certa razão, em que, quando tanto se fala em fragmentação, deveria se falar em unidade, porque, em domínios particulares como, por

<sup>423</sup>DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p.8.

<sup>424</sup>TIBA, Firew Kebede. op. cit. p.209/213

<sup>425</sup>LAVRANOS, Nikolaos. op.cit.p.602.

<sup>426</sup>DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit.p.8.

<sup>427</sup>SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. op. cit.p. 505. Os autores referem-se, especificamente, à aplicabilidade das regras de Responsabilidade dos Estados aos regimes especializados por matéria ou região.

exemplo, o do Direito dos Investimentos, de há muito, disputado por ordens jurídicas concorrentes, cada vez mais se utilizaria de regras e princípios de Direito Internacional geral.<sup>428</sup>

Interessante a capacidade de Dupuy olhar somente para um lado. Se é verdadeira a alegação de grande influência do Direito Internacional geral no Direito Internacional dos Investimentos, por outro lado, é inegável que o inverso também ocorre. Um grupo de trabalho da International Law Association, ramo alemão, do subcomitê de Direito dos Investimentos realizou um estudo sobre essas relações geral-especial.<sup>429</sup>

Na parte que tratou das influências do Direito Internacional Público geral sobre o Direito Internacional dos Investimentos, deu-se destaque aos princípios gerais de Direito<sup>430</sup>, sendo destacado o tratamento justo e equitativo, que compreendem princípios como os da estabilidade, previsibilidade e consistência; proteção da confiança e das legítimas expectativas; devido processo legal na esfera administrativa e vedação à denegação de justiça; transparência; razoabilidade e proporcionalidade<sup>431</sup>. De igual modo, as regras costumeiras de interpretação dos tratados, da forma como cristalizadas no Tratado de Viena, bem como, as regras costumeiras, relativas à responsabilidade dos Estados. Porém, afirmam, nem todas as regras de Direito Internacional geral são, igualmente, aplicáveis.<sup>432</sup>

As regras de determinação da nacionalidade das corporações, através do costume internacional para a interpretação dos tratados internacionais também é uma influência do Direito Internacional geral no Direito Internacional dos Investimentos, fazendo-se referência a casos como Barcelona Traction.<sup>433</sup>

Porém, o especial também influencia o geral - se adotarmos o raciocínio inverso de Dupuy, isso caracterizaria uma "des-unidade"? Sem embargo, o Direito Internacional dos Investimentos contribuiu para a mudança do Direito Internacional Público, no que toca aos sujeitos de direitos e deveres na esfera internacional, por conta dos tratados internacionais de

<sup>428</sup>DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p.9.

<sup>429</sup>BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues**. Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.p. 1/82.

<sup>430</sup>SCHILL, Stephan. **International Investment Law and General Principles of Law**. BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues**. Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.p. 13/19.

<sup>431</sup>Ibid. p. 19/28.

<sup>432</sup>BERING, Jürgen et al. op.cit.p. 9/13.

<sup>433</sup>TIETJEL, Christian; BERING, Jürgen. **Beyond Formal Criteria: Determining Nationality of Corporations in 'Hard Cases'**. BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues**. Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.p.31/32.

investimentos. Assim, o investidor também se tornou sujeito de direitos e deveres, na esfera internacional.<sup>434</sup>

Da mesma forma, a superação da regra do esgotamento dos remédios locais no Direito Internacional geral encontra precedentes nos tratados de investimentos bilaterais, os quais, especialmente após 1985, em sua maioria, passaram a deixar de exigir esse exaurimento, como condição prévia<sup>435</sup>. Há vários outros aspectos, destacados no trabalho, que demonstram que essa interação não se dá em mão única.

A justificar o seu pleito por unidade na ordem jurídica, Dupuy lembra que há um paradoxo em todo o sistema jurídico, porque a própria noção de ordem jurídica depende da base subjetiva, fornecida pelo reconhecimento de sua existência, que emana de seus sujeitos e de outras entidades relacionadas. Ocorre, que uma vez constituída essa base conceitual, tal ordem toma uma dimensão quase que objetiva. A sua existência impõe-se a todos. Mas essa ordem não é concebível sem uma unidade de princípio e de organização, o que proporciona unidade de significação dos princípios e dos conceitos-chave, além da atribuição de sua validade às normas e situações jurídicas às quais são aplicáveis.<sup>436</sup>

Essa universalidade necessária, segundo o seu ponto de vista, em muito faz lembrar o conceito econômico de externalidade positiva<sup>437</sup>. Ou seja, só é eficaz a ordem, se houver uma unidade em termos de princípios e organização. Caso contrário, haverá entropias, perda de eficiência.

A doutrina, portanto, por uma exigência funcional, segundo o seu ponto de vista, deveria comportar-se como “os guardiões da unidade”, porque é a coerência, logo, a unidade do Direito Internacional, que daria o significado às normas e às instituições.<sup>438</sup> Evidentemente, essa unidade se daria sob o pálio da Corte Internacional de Justiça...

A posição de Dupuy, portanto, assume que a fragmentação do Direito Internacional existe como fenômeno observável e que é um risco, porque tem como premissa a existência de um Direito Internacional autônomo dos demais ramos do Direito, de uma ordem jurídica

---

<sup>434</sup> BRAUN, Tillmann Rudolf. Investors as Subjects of Public International Law. BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues**. Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.p. 43/47.

<sup>435</sup> LORZ, Ralph Alexander. Local Remedies Rule in Public International Law and in Investment Protection Law. BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues**. Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.p.48/60.

<sup>436</sup>DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?**op.cit. p.9.

<sup>437</sup> SHAFFER, Gregory. **International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World**. Oxford: Oxford university Press, 2012.p. 675/681.

<sup>438</sup>DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op.cit. p.10.

internacional, bem como, de um sistema jurídico internacional. Não existiria risco algum, se sistema não existisse.

Essa posição é estruturada no último capítulo de seu curso geral, o qual, disse respeito, exatamente à unidade do Direito Internacional, sendo dedicado ao conflito de unidades, que o autor questiona, mesmo, se existem.<sup>439</sup> Inicia o seu raciocínio distinguindo a unidade formal da unidade material do Direito Internacional.

A unidade formal, diz ele, remete a uma sociedade de Estados, descentralizada, lateral, pouco ou mal condicionada, excludente de qualquer hierarquia normativa. Por outro lado, a unidade material baseia-se em uma integração de uma comunidade alargada, em um conjunto vertical, com uma gestão coordenada da ordem pública universal.<sup>440</sup>

Porém, a relação entre esses dois tipos de unidade não é, no seu entender, necessariamente, conflituosa. Para promover a unidade material são utilizados os meios fornecidos pela unidade formal.<sup>441</sup> As oposições se dão no campo da legitimidade x legalidade, sujeitos x objeto e direito especial x geral.<sup>442</sup>

Especificamente, a última oposição é a mais relacionada à chamada fragmentação do Direito Internacional. Acerca do tema, destaca-se a questão dos regimes autossuficientes, que Dupuy chama de mito.<sup>443</sup> Dentro desse âmbito, analisa-se a questão do Direito Comunitário Europeu<sup>444</sup> e do Direito Internacional do Comércio<sup>445</sup>.

Especificamente, quanto ao "mito dos regimes autossuficientes", Dupuy cita um trecho do Caso do Pessoal Diplomático e Consular dos Estados em Teerã (1980), no qual, se afirmava que "de qualquer forma, mesmo na hipótese de que os atos criminais alegados...*(omissis)*...pudessem ser considerados como ocorridos, não poderiam constituir uma justificativa para o comportamento do Irã e, por consequência, um meio de defesa oponível às demandas dos Estados Unidos, na presente instância", porque "as regras do Direito Diplomático constituem um regime que se bastaria a si mesmo, o qual, de uma parte, enuncia as obrigações do Estado acreditante, em matéria de facilidades, privilégios e imunidades...*(omissis)*".<sup>446</sup>

---

<sup>439</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *L'Unité de L'Ordre Juridique International. Cours Général de Droit International Public*. op.cit.p. 399.

<sup>440</sup> Ibid. p. 399.

<sup>441</sup> Ibid. p. 401.

<sup>442</sup> Ibid. p. 402.

<sup>443</sup> Ibid. p. 432.

<sup>444</sup> Ibid.p. 438.

<sup>445</sup> Ibid.p. 450.

<sup>446</sup> Ibid. p.432.

Ora, esse trecho do julgamento da Corte Internacional de Justiça, de 1980, teria servido de ilustração, senão, de fundamento, para a posição doutrinária dos regimes autossuficientes<sup>447</sup>. Isso se deveria, segundo afirma, à iniciativa do segundo relator especial sobre o Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados, na Comissão de Direito Internacional, de nome Wilhelm Riphagen.<sup>448</sup>

Como já se viu, esse fundamento em precedentes é mais antigo, oriundo da Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso que decidia sobre o *status* regulatório do Canal de Kiel, no famoso Caso Wimbledon.<sup>449</sup>

Feita a ressalva, no seu entendimento, a Corte Internacional de Justiça quis dizer outra coisa, insistindo no ponto que os fatos narrados naquele caso, sobre os diplomatas americanos, não justificavam a tomada de reféns e a sua detenção. Diz que um exame mais atento, do julgado de 26/05/1980, permite constatar que, ao designar o Direito Diplomático como um regime que basta a si mesmo, a Corte Internacional de Justiça não quis erigi-lo em um corpo de direito especial, fechado em si mesmo, sem relações com as demais regras de Direito Internacional geral, em especial, aquelas que regulam o Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados.<sup>450</sup> Suficiência não significa fechamento, menos ainda, exclusividade do Direito Diplomático, em relação ao Direito Internacional geral.<sup>451</sup>

Acerca do entendimento de Riphagen, Simma e Pulkowski<sup>452</sup> o consideram ambíguo, porque, de um lado, visualizava o sistema jurídico internacional como uma ordem, modelada em uma variedade de subsistemas distintos, em cada qual, regras primárias e secundárias estariam estritamente interligadas. O regime especial da responsabilidade internacional dos Estados foi percebido por ele como mera parte de um desses subsistemas. Por outro lado, teria apresentado cenários, nos quais, o subsistema como um todo poderia falhar, o que tornaria inevitável um recuo em outro subsistema.

Essa visão aparentemente favorável à ideia de um subsistema fechado é revertida por Arangio-Ruiz, que seria altamente crítico de tal possibilidade de isolamento da responsabilidade internacional dos Estados.<sup>453</sup>

---

<sup>447</sup> Ibid. p. 433.

<sup>448</sup> Ibid. p. 433.

<sup>449</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. op. cit. p. 491.

<sup>450</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **L'Unité de L'Ordre Juridique International. Cours Général de Droit International Public.** op.cit. p. 433.

<sup>451</sup> Ibid. p. 434.

<sup>452</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. op.cit. p. 493.

<sup>453</sup> Ibid. p. 493.

Por fim, o Relator da Comissão de Direito Internacional que se seguiu, Crawford, segundo Simma e Pulkowski, teria sido um pragmático, por adotar a posição do "talvez".

Assim, nem mesmo na Comissão de Direito Internacional, os debates levaram a uma visão monolítica, contrária à ideia da possibilidade de fechamento de um subsistema de Direito Internacional - destacando-se o fato dos debates, na maior parte do tempo, terem se centrado na relação do regime da responsabilidade internacional dos Estados com outros subsistemas.

Porém, Dupuy afirma que essa noção de regime autossuficiente é sintomática de uma visão fragmentária e parcelada do Direito Internacional, partilhada por muitos autores, na qual, há a falta de uma visão clara do que seria uma ordem jurídica e a ordem jurídica internacional, em particular, perdendo-se, tais doutrinadores, na contemplação de regimes, que creem ser tão fechados em si mesmos, que se tornam apenas eles mesmos, sobre a sua própria especialidade. Assim, se vê emergir um monstro, o dos "*self-contained regimes*", tal qual, o "monstro do Lago Ness"...<sup>454</sup>

Outro tema abordado por Dupuy, nesse aspecto, é o da multiplicação das jurisdições internacionais, que é o centro da presente tese. Se, por um lado, desde a Primeira Guerra Mundial, houve um esforço para a construção de uma jurisdição internacional com vocação universal<sup>455</sup>, mais recentemente, observa-se a multiplicação de órgãos julgadores, de índole especializada, parcial, regional.<sup>456</sup>

A gênese dessa mudança, notada de forma sagaz, por Dupuy, será o cerne de segundo capítulo da presente tese.

Afirma Dupuy que, já de longa data, existem outras cortes internacionais, que não a Corte Internacional de Justiça. Porém, não havia o risco de ameaça à ordem jurídica internacional, porque elas não concorriam com aquela. O seu objeto continuava específico e o seu campo de aplicação, regional.<sup>457</sup> Ocorre, que as novas cortes, recentemente criadas, apresentariam, segundo o seu entendimento, características inovadoras, porque se inscreveriam em um contexto universal, não apenas regional, dando o exemplo das novas jurisdições criminais, do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio e do Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS).<sup>458</sup>

---

<sup>454</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *L'Unité de L'Ordre Juridique International. Cours Général de Droit International Public*. op.cit. p. 436.

<sup>455</sup> Ibid. p.460.

<sup>456</sup> Ibid. p.460.

<sup>457</sup> Ibid.p.463/464.

<sup>458</sup> Ibid..p. 464.

A novidade, segundo esse posicionamento, residiria, então, no fato da ocorrer uma especialização por matéria, o que já havia sido previsto por Luhmann, em 1971, nos seguintes termos: "O Direito Global experimentaria uma radical fragmentação, não segundo linhas territoriais, mas por linhas sociais setoriais"<sup>459</sup>

Acerca do tema, afirma Dupuy que a criação desses novos tribunais internacionais cria uma concorrência orgânica entre a Corte Internacional de Justiça e eles, o que traria dois problemas: o problema dos meios de coordenação entre as jurisdições e da abertura da possibilidade do "*forum shopping*".<sup>460</sup>

Porém, a questão mais fundamental, trazida pelo fenômenos da multiplicação das jurisdições internacionais seria o da unidade, não da jurisprudência internacional em si, mas da interpretação e aplicação de um determinado número de conceitos e instituições jurídicas, que seriam determinantes, para a manutenção da coesão do conjunto do Direito Internacional geral.<sup>461</sup>

Por isso, o autor afirma a necessidade de manter a unidade de interpretação das regras fundamentais de Direito Internacional, citando um exemplo de divergência entre a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional de Direito do Mar (ITLOS) sobre a interpretação das regras de delimitação dos espaços marinhos, o que poderia ser evitado, por exemplo, pela realização de encontros entre as diversas jurisdições, como já seria feito entre as duas cortes regionais mais importantes de Direito Internacional de Direitos Humanos.<sup>462</sup> É de se notar que as possíveis soluções políticas ou jurídicas para o alegado problema da fragmentação do Direito Internacional são objeto de análise mais detida, no item 1.6, do presente capítulo.

Para tanto, pergunta-se se seria o caso de uma reforma do sistema judiciário internacional, apoiando-se, por exemplo, na sugestão de criação de uma corte suprema da ordem jurídica internacional, como teria sido sugerido por Vicuña e Pinto, no documento "*The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-first Century*", que teria sido redigido para a aplicação da Resolução 52/154, da Assembleia Geral das Nações Unidas.<sup>463</sup>

---

<sup>459</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. **Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law**. Ann Arbor: Michigan Journal of International Law, vol. 25, 2004.p. 999/1000.

<sup>460</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **L'Unité de L'Ordre Juridique International. Cours Général de Droit International Public**. op.cit. p. 466/467.

<sup>461</sup> Ibid. p.467.

<sup>462</sup> Ibid. p. 470/473.

<sup>463</sup> Ibid. p. 473/474.



Tanto os encontros periódicos das cortes, quanto a criação de uma corte suprema da ordem jurídica internacional, são exemplos de soluções não-processuais para a questão do conflito de jurisdição, como se verá mais a frente.

Também, opinando no sentido da necessidade de manutenção da unidade da interpretação e da aplicação do Direito Internacional geral, apesar de um tanto cético quanto à amplitude dos alegados riscos oferecidos pelo fenômeno da fragmentação, situa-se Pauwelyn<sup>464</sup>.

Apesar de sua famosa obra, à qual se faz referência neste trabalho, tratar de conflito de normas, o doutrinador dedica dez páginas bastante esclarecedoras sobre o tema do conflito de decisões judiciais. Afirma que, por não se tratarem de normas, tais decisões não podem ser partes de um conflito de normas, mas podem, sim, estar em conflito, quando emergem, entre as mesmas partes e a mesma matéria. Tendo em vista o aumento no número de cortes internacionais, o doutrinador entende haver um risco de que tais decisões possam vir a contradizer-se. Assim, por exemplo, pode ocorrer que uma das decisões diga que houve uma violação do Direito Internacional e a outra, não. Como também pode ocorrer que alguma delas possa vir a ativar normas secundárias de Direito Internacional e outra, não, indaga o doutrinador, como poderia o Estado agir, em tal situação.<sup>465</sup>

Afirma que não há regras claras a respeito, principalmente, porque, até o momento em que a obra foi escrita, não havia qualquer caso, em que tal situação houvesse ocorrido, bem como, afirmou ele, provavelmente, isso não viria a ocorrer, proximamente. Para sustentar essa alegação, aduz existirem várias razões.<sup>466</sup>

Primeiro, porque na maior parte dos casos, onde há superposição de jurisdição de tribunais internacionais, bastaria aplicar as regras já conhecidas de conflitos de normas. Assim, por exemplo, poderia ser determinado qual das disposições convencionais, prevendo a jurisdição, deveria prevalecer. Logo, o primeiro tribunal a ser provocado, na disputa, deveria considerar os efeitos das disposições convencionais, que estatuem a jurisdição, para verificar se elas teriam sido modificadas pelo outro tratado, concedendo jurisdição a outro tribunal internacional.<sup>467</sup>

Além disso, a correta aplicação do Princípio da *Res Judicata* e de outros princípios gerais do Direito, como o Princípio *Lis Alibi Pendens* e do abuso do processo, poderiam evitar julgamentos conflitantes. Esclarece que a doutrina do *lis alibi pendens* preconiza que, se há

---

<sup>464</sup> PAUWELYN, Joost. op. cit. p. 114/124.

<sup>465</sup> Ibid. p. 114.

<sup>466</sup> Ibid. p. 114.

<sup>467</sup> Ibid. p. 114.

um caso substancialmente idêntico, tramitando perante um outro tribunal competente, o segundo foro deve declinar do exercício de sua jurisdição. Por sua vez, a doutrina do abuso processual indica que o tribunal deve declinar do exercício de jurisdição, caso verifique que o propósito do litígio é de prejudicar o oponente, se a reclamação é frívola ou manifestamente sem qualquer fundamento, ou ainda, se o pleito poderia e deveria vir a ser exposto em procedimentos prévios.<sup>468</sup>

Outro argumento é aquele, segundo o qual, mesmo que haja uma mesma disputa, em termos gerais, além das mesmas partes, não necessariamente, haverá exatamente o mesmo pleito ou causa de pedir, até porque, não necessariamente, os tribunais envolvidos – por exemplo, o ITLOS e o Corpo de Apelação da Organização Mundial do Comércio – terão a mesma jurisdição, para decidir, exatamente, a mesma matéria, que é o objeto do pedido. Assim, por exemplo, violações do Tratado de Montego Bay (UNCLOS) são muito diferentes daquelas violações dos tratados da Organização Mundial do Comércio. Assim, mesmo que duas decisões venham a emergir, desses dois órgãos judiciariformes internacionais, ainda assim, não necessariamente, irão entrar em conflito, porque se dirigem a pleitos diferentes. Pela mesma razão, via de regra, não carregarão o peso de coisa julgada, para o outro tribunal internacional.<sup>469</sup>

Pauwelyn também alega, na defesa de sua afirmação de que os conflitos em questão tenderão a não ocorrer, nos próximos anos, que podem ocorrer causas, em que os dois tribunais podem ter de decidir sobre a mesma disputa, em termos gerais, mas com causas de pedir diferentes, como dito no item anterior. Porém, tais causas devem ser decididas no contexto de todas as outras regras de Direito Internacional, tanto no que se refere ao Direito Internacional geral, quanto no que diz respeito aos demais tratados e convenções internacionais. Afirma o doutrinador que esse é um dos temas principais de seu livro, porque trata-se de discutir qual a lei aplicável nos painéis da Organização Mundial do Comércio. O que o doutrinador está a afirmar é que, ainda que existam jurisdições diferentes, é necessário distinguir jurisdição de lei aplicável. Mais ainda, nesse campo da lei aplicável, o seu posicionamento é o de que as cortes e tribunais internacionais estarão aplicando, basicamente, o mesmo conjunto de regras e princípios. Não é porque o tribunal internacional situa-se no âmbito da Convenção de Montego Bay, que somente irá aplicar as disposições daquela

---

<sup>468</sup> Ibid. p. 115/116.

<sup>469</sup> Ibid. p. 116.

convenção, da mesma forma, valendo o raciocínio para os órgãos judiciariformes da Organização Mundial do Comércio.<sup>470</sup>

Tal criação de bolsões isolados, os “*safe heavens*”, aos quais se refere, contraria a unidade do Direito Internacional, bem como, ao Princípio Pacta Sunt Servanda, que exige a aplicação, mesmo que, de normas situadas fora do contexto daquele regime especializado específico. Diz o doutrinador que é essa abordagem isolacionista que torna inevitável a emergência de decisões judiciais conflitantes.<sup>471</sup>

Prossegue Pauwelyn, afirmando que, caso adotado o seu entendimento, de que, mesmo os regimes ditos “autônomos” deveriam aplicar o Direito Internacional geral e os demais tratados e convenções internacionais, o conflito de decisões judiciais poderia ocorrer, caso os tribunais em questão adotassem diferentes interpretações desse conjunto de normas e princípios internacionais, em comum. Um meio de evitar isso seria fazer referência ou levar em conta as decisões dos outros tribunais internacionais, quando prolatassem as suas próprias decisões.<sup>472</sup>

Sem prejuízo, também poderiam perguntar aos outros tribunais a sua opinião, ou ainda, a opinião do braço político do tratado ou do secretariado daquele. Sob esse aspecto, afirma que os órgãos judiciariformes da Organização Mundial do Comércio bem poderiam fazer uso das opiniões consultivas da Corte Internacional de Justiça, no caso de ter de decidir sobre algum tema, que não se relacione diretamente com o comércio internacional.<sup>473</sup> Outra solução possível, nesse caso, seria solicitar a opinião de “*experts*” em matéria não abrangida pelas normas e princípios do regime especializado.<sup>474</sup>

Se ainda assim, um conflito jurisdicional surgir, caso envolva um julgamento da Corte Internacional de Justiça, deveria ser dado mais peso à decisão daquela, que é o principal órgão jurisdicional das Nações Unidas, possuindo as suas decisões força vinculante para os membros da organização internacional, consoante o artigo 59 do Estatuto, combinado com o artigo 92 da Carta das Nações Unidas.<sup>475</sup>

Outra possibilidade de conflito, aventada por Pauwelyn, é a de que, mesmo que não se trate das mesmas partes, pode ocorrer que duas decisões sejam conflitantes, como ocorre no caso das Patentes, com uma causa, movida inicialmente pelos Estados Unidos, seguida de

---

<sup>470</sup> Ibid. p. 116/117.

<sup>471</sup> Ibid. p. 117/118.

<sup>472</sup> Ibid. p. 118.

<sup>473</sup> Ibid. p. 118.

<sup>474</sup> Ibid. p. 119.

<sup>475</sup> Ibid. p. 121.

outra, movida pela União Europeia, contra a Índia. Esses pleitos repetitivos encontram previsão nos regulamentos da Organização Mundial do Comércio, especialmente, levando-se em conta a natureza bilateral dos painéis. Por isso, ao menos, no âmbito da Organização Mundial do Comércio, em sua primeira instância, não haveria uma solução possível para esse problema, apontado pela Índia, que além da possibilidade de soluções inconsistentes, também alegou que haveria desperdício de recursos.<sup>476</sup>

As soluções trazidas por Pauwelyn são também tratadas mais a frente, quando são estudadas, de acordo com a sua natureza processual ou não-processual. De qualquer modo, o importante é que esse viés sustenta a necessidade de manutenção da unidade da interpretação e aplicação do Direito Internacional.

Porém, nem toda a doutrina de Direito Internacional concorda com esse posicionamento, existindo quem afirme tratar-se a fragmentação do Direito Internacional de um mero discurso.

#### 2.4.2 A Fragmentação do Direito Internacional como Mero Discurso

Há outros doutrinadores que compartilham de uma visão diversa daquela de Dupuy, afirmando que a fragmentação é um mero discurso. Um exemplo bastante ilustrativo dessa corrente é Martineau<sup>477</sup>, observando ela que essa expressão vem sendo repetida desde a metade do século XIX, para lamentar o estado do Direito Internacional, questionando o motivo dela haver reemergido.<sup>478</sup>

Para tal mister, faz uma contextualização histórica do debate sobre a fragmentação do Direito Internacional, tendo observado existir uma correlação entre períodos de crise e uma visão crítica da fragmentação, de um lado, e de períodos de entusiasmo e prevalência de visões positivas sobre a fragmentação, de outro. Por fim, enfoca as premissas implícitas e as implicações políticas do referido debate.<sup>479</sup>

Afirma Martineau que o debate sobre a fragmentação tem sido concentrado nas repercussões desses conjuntos de normas, instituições e práticas, proximamente integrados, uma vez que eles perseguem objetivos específicos e são construídos sobre maneiras específicas de interpretar o Direito Internacional geral e os demais regimes especializados.<sup>480</sup>

Aduz Martineau, que o tema foi considerado tão importante, que a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas teria incluído o tema em seu programa de longo

---

<sup>476</sup> Ibid. p. 121/122.

<sup>477</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte. **The Retic of Fragmentation: Fear and Faith in International Law.** op.cit.p.1/28.

<sup>478</sup> Ibid. p.1.

<sup>479</sup> Ibid. p.1.

<sup>480</sup> Ibid. p.1.

prazo, em 2000, além de estabelecer um grupo de estudos especial, em 2002. Porém, quatro anos depois, o relatório final do grupo de estudos teria explicado que a emergência dos regimes funcionais espelharia uma busca por escolhas que não estariam representadas no passado e que os conflitos decorrentes poderiam ser resolvidos com o uso das técnicas, já existentes, para resolver conflitos normativos.<sup>481</sup>

Tais conclusões – do chamado Relatório Koskenniemi, referido anteriormente – soaram de acordo com a visão de parte da doutrina, de que a ansiedade pela fragmentação teria sido exagerada, uma vez que ela apresentaria aspectos negativos e positivos, existindo dissonância apenas sobre qual deles seria prevalente. Tais disparidades também poderiam, na visão de Martineau, ser interpretadas como representativas das abordagens formalista (europeia) e realista (americana) do Direito Internacional.<sup>482</sup>

Afirma a doutrinadora, também existirem posições mais críticas, como as que olham para as vozes que a globalização permitem e aquelas que são caladas; ou ainda, as que desvelam os motivos políticos e as lutas institucionais, por trás das falas dos Presidentes da Corte Internacional de Justiça por unidade e hierarquia jurisdicional.<sup>483</sup>

O artigo de Martineau, por seu turno, assume situar-se nesse campo crítico, porque lhe interessam as premissas do corrente debate e as suas implicações políticas, inserindo a linguagem da fragmentação na semântica maior da diversidade e unidade.<sup>484</sup>

Nesse sentido, afirma que, no curso de cento e cinquenta anos, os advogados internacionais recorreram à linguagem da fragmentação, como um argumento para crítica e contestação. Porém, nota a presença de uma moda recorrente e cíclica – um ponto que também será abordado, mais à frente, na tese -, na qual, o desenvolvimento de normas e de instituições especializadas é visto como algo a ser temido ou valoroso, dependendo da percepção que se tenha do projeto jurídico internacional como um todo.<sup>485</sup>

O debate sobre a fragmentação, por sua vez, apresentaria uma estrutura que se assemelharia a um jogo entre unidade e diversidade. O próprio termo “fragmentação” é visto como o fatiamento do Direito Internacional em regimes funcionais ou regionais, que atendem a determinadas audiências com interesses especiais e uma ética especial; um processo, que

---

<sup>481</sup> Ibid. p.2.

<sup>482</sup> Ibid. p.2.

<sup>483</sup> Ibid. p.2.

<sup>484</sup> Ibid. p.2.

<sup>485</sup> Ibid. p.2/3.

importa nesse fatiamento do Direito Internacional; bem como, refere-se ao caráter, assim chamado, “primitivo” do Direito Internacional.<sup>486</sup>

O artigo de Martineau centra-se na primeira das acepções acima, no qual, o progresso social seria impedido, não pela falta de desenvolvimento do Direito, mas de seu superdesenvolvimento. Nesse sentido, a expressão apareceu no discurso jurídico internacional, em intervalos regulares, desde a metade do século XIX. Muito embora a sua conotação tenha mudado, ao longo do tempo, a denotação tem sido a mesma, como salienta Martineau, ou seja, a descrição de uma imagem de caos, uma explosão, medo de anarquia, perda de direção, preocupação com o fim da ordem internacional.<sup>487</sup>

No debate atual, a linguagem da fragmentação atua como uma metáfora poderosa. Lembra Martineau, que alguns, como Dupuy<sup>488</sup>, se preocupam que a ordem internacional se torne uma assembleagem selvagem de regimes especializados, cada qual, tendendo para a sua própria interpretação e preferências; outros, como é o caso de Delmas-Marty<sup>489</sup>, contestam essa visão mais tradicional, porque têm a fragmentação como a emergência de uma nova e generosa forma de pluralismo jurídico global, que não conduz ao relativismo, nem é baseada em imperialismo jurídico; para os constitucionalistas<sup>490</sup>, por outro lado, a fragmentação representaria a emergência de uma ordem constitucional internacional, na qual, os diferentes regimes nacionais, regionais e funcionais formariam os tijolos da construção da comunidade internacional; por fim, existem os que entendem que o debate não tangenciou o ponto mais crítico, bem como, que se deveria parar de buscar unidade, porque qualquer forma de compreender o mundo necessita de um espaço para a desordem, não fazendo sentido negar a fragmentação, nem desviar o olhar do fenômeno<sup>491</sup>.

A presente tese subdivide as correntes em questão, segundo outra lógica, não tendo a doutrina observada a opinião daqueles que consideram que o processo pode não ser exatamente espontâneo, servindo a determinados interesses, como se verá mais adiante. De qualquer forma, a divisão oferecida tem o mérito de proporcionar um espetacular sumário das posições. Com efeito, a primeira corrente poderia ser chamada de “da unidade à

---

<sup>486</sup> Ibid. p.4.

<sup>487</sup> Ibid. p.4/5.

<sup>488</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **L'Unité de L'Ordre Juridique International: Cours de Droit International Public**. op. cit. p. 432.

<sup>489</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law**. Oxford: Journal of International Criminal Justice, n. 1, 2003.p.13.

<sup>490</sup> DE WET, E. **The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order**. Leiden: Leiden Journal of International Law, n. 19, 2006.p.612.

<sup>491</sup> KENNEDY, David. **The Mystery of Global Governance**. Ada (OH): Ohio Northern University Law Review, 2008.p.16.

fragmentação”; a segunda, de “da monotonia à diversificação”; a terceira, de “da unidade trivial à unidade constitucional” e, por fim, a quarta, de “da diversidade reprimida à fragmentação aberta”.<sup>492</sup>

Também esclarece a doutrinadora que nenhuma dessas posições ofereceria uma descrição pura do estado do Direito Internacional, de modo que, as escolhas dependem do ponto de vista de cada um e do seu ideal de organização social. Diz Martineau, que o Direito Internacional teria tentado incorporar as duas narrativas – da unidade e da diversidade -, mas elas se desafiam. O Direito Internacional quer ser universal, sem ser totalitário, bem como, ser particular, mas sem ser anarquista.<sup>493</sup>

Na narrativa cosmopolitana, segundo a qual, a modernidade se moveria da diversidade para a unidade, o Direito Internacional seria a própria antítese da fragmentação.<sup>494</sup> Assim, cada desenvolvimento do Direito Internacional seria positivo, em sendo teleologicamente orientado na direção do grande atingimento da Humanidade.<sup>495</sup> Quando esse objetivo é prejudicado, há percepções de fracasso ou fragmentação, respondendo os advogados internacionais com uma crença ainda mais forte na sua teleologia universal, chegando mesmo, atualmente, a entender a fragmentação como unidade. Esse teria sido o discurso de Lauterpacht<sup>496</sup>, às vésperas da Segunda Guerra Mundial. Nem mesmo os horrores da guerra teriam posto fim a esse chamado por unidade, ao invés disso, ele foi intensificado, o que pareceu um mundo fragmentado, teria se revelado unidade profunda.<sup>497</sup>

Esse jogo entre o bem (unidade) e o mau (diversidade) não é a única possibilidade, porque existe uma contranarrativa que vê mais progresso na diversidade, que na unidade. Ela teria impregnado os campos da Economia e da Sociologia, onde os padrões evolucionários seriam pensados em termos de diferenciação e individualização. Não haveria, portanto, divisão e caos, mas complexidade. Também, os realistas veem tal processo como reflexo de transformações sociais reais.<sup>498</sup>

Observa Martineau existir uma tensão óbvia e irreconciliável entre as duas narrativas, cada qual, clamando por superioridade e exclusividade. A narrativa cosmopolitana rejeita a

---

<sup>492</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte. p.5.

<sup>493</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte. op.cit. p.5.

<sup>494</sup> Ibid. p.5.

<sup>495</sup> Ibid. p.6.

<sup>496</sup> LAUTERPACHT, Hersch. The Reality of the Law of the Nations. LAUTERPACHT, Hersch. Collected Papers, II. Cambridge: Editora E. Lauterpacht, 1970.p. 26. Apud MARTINEAU, Anne-Charlotte. **The Retic of Fragmentation: Fear and Faith in International Law**. Leiden: Leiden Journal of International Law, vol. 22, 2009.p.6.

<sup>497</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte. op.cit. p.6.

<sup>498</sup> Ibid. p.6.

existência da fragmentação. Por outro lado, a contranarrativa rejeita a existência de uma teleologia universal, porque a diversidade só faria sentido como negação do absolutismo. Para os primeiros, pensar a diversidade como a busca da realização dos interesses individuais é escravizar-se no determinismo. Para a contranarrativa, a visão teleológica da sociedade deixaria pouco espaço para a autonomia humana e diversidade.<sup>499</sup>

Para responder a tais críticas, ambas as narrativas não têm outra escolha, senão referir-se à outra. Por um lado, a não ser que haja um acordo sobre a natureza da união desejada, qualquer tentativa de impô-la é caracterizada como totalitarismo. Porém, para ser verificável, a primeira narrativa tem de encontrar a sua justificação ou legitimidade na prática dos Estados ou regimes autônomos, ou seja, na diversidade. Por outro lado, a não ser que exista um princípio superior, que assegure o caráter “iluminado” da especialização, haverá uma porta aberta para os pleitos absolutistas do mais poderoso. Por isso, é impossível privilegiar uma ou outra, porque, cada uma delas contém ambos os termos – unidade e diversidade. Para preferir uma ou outra, portanto, é preciso saber que tipo de unidade e diversidade se pretende.<sup>500</sup>

Afirma, porém, a doutrinadora, que essas duas narrativas não possuem apelo igual para os advogados internacionais, porque, para ser um advogado internacional “moderno” é preciso sentir-se próximo da primeira narrativa, com uma leitura cosmopolitana do Direito Internacional, através da gradual substituição da estatalidade por alguma espécie de internacionalidade. Porém, afirma Martineau, a nossa cultura jurídica internacional implica forte compromisso com o cosmopolitismo, junto com um desejo de permitir espaço para a diversidade iluminada. Essa tentativa de conciliação das narrativas é bem acompanhada pela apresentação do Direito Internacional como um sistema de regras e instituições.<sup>501</sup>

Mas, a abordagem do Direito Internacional como sistema – que é outra discussão importante da presente tese – baseia-se em uma decisão normativa anterior, não na observação factual. A vantagem dessa apresentação é a sugestão de que há uma lógica sistemática ou um metaprincípio, que confina e dá sentido à diversidade. É uma tentativa liberal de neutralizar a tensão entre unidade e diversidade. Jocosamente, observa Martineau que os advogados internacionais tendem a ver a unidade, de mãos dadas com a diversidade, em um mundo que eles aproveitam, e no qual, eles possam manobrar. Em um mundo

---

<sup>499</sup> Ibid. p.6.

<sup>500</sup> Ibid. p.7.

<sup>501</sup> Ibid. p.7.



constantemente desapontador para eles, onde não se pode prever as coisas e agir, segundo essas predições, é mais provável que vejam anarquia e fragmentação.<sup>502</sup>

É, portanto, a discordância normativa, não a sociológica, que faz as pessoas preferirem, às vezes, a diversidade – especialmente, quando baseiam os seus interesses – e, algumas vezes, unidade – nomeadamente, quando se pode impô-la ao mundo...<sup>503</sup>

Em uma perspectiva histórica, observa Martineau um período de confiança, entre 1870 e 1914, sendo a fragmentação um prólogo da unidade; outro, de confusão, entre 1914 e 1925, porque a generalização e a institucionalização seriam vistas como ferramentas para a obtenção da unidade mundial; também, um período de consolidação, entre 1925 e 1939, com a neutralização da fragmentação, através da abordagem sistemática; outro período de confusão, entre 1939 e 1960, sendo a fragmentação vista como um espelho do mundo dividido; mais recentemente, um período de confiança, entre 1960-1989, sendo a fragmentação vista como um instrumento para chegar-se à “*common law*” da humanidade; e, por fim, um período de confusão, entre 1989 e os dias atuais, sendo a fragmentação vista como desencantamento<sup>504</sup>. Essa análise histórica, que enfatiza o caráter cíclico das narrativas de fragmentação e de unificação, será objeto de estudo mais apurado, mais a frente, na última parte da tese.

Para concluir, Martineau adentra ao aspecto da política da fragmentação, salientando que a linguagem da fragmentação é uma narrativa específica, não sendo uma descrição inocente, mas uma poderosa intervenção sobre o mundo, um vocabulário para debate que explode o edifício do Direito Internacional e limpa o terreno para uma proposta de reforma. É, tanto um conceito estético, quanto um projeto político. Afirmar o mundo como fragmentado, frequentemente, é uma preliminar para abrir espaço para os pontos de vista preferidos de quem se manifesta e suas reformas, sendo exemplo disso, a fala do Presidente da Corte Internacional de Justiça, em 2000, privilegiando-se de sua posição de autoridade, para contestar o projeto de outro e promover o seu próprio, promovendo a sua própria visão conservadora de Direito Internacional.<sup>505</sup>

Por outro lado, a retórica da fragmentação também pode ser utilizada como um instrumento externo, para por um fim ao Direito Internacional, sendo invocada, quando não se acredita no Direito Internacional e se pretende substituí-lo por alguma outra instituição, tal como as relações internacionais ou a governança global. A retórica da fragmentação pode ser um instrumento emancipatório para desafiar a distribuição de poder, tanto quanto, pode ser

---

<sup>502</sup> Ibid. p.8.

<sup>503</sup> Ibid. p.8.

<sup>504</sup> Ibid. p.9/26..

<sup>505</sup> Ibid. p.28.

cúmplice na sua manutenção. Em sendo assim, é um projeto político e os seus méritos devem ser avaliados em termos políticos: a quem empodera e a quem deixa para trás?<sup>506</sup>

A visão da fragmentação como um discurso, como no texto de Martineau, não necessariamente, nega ou afirma existir o fenômeno, concentrando-se no nível argumentativo. Pouco importa, segundo essa visão, se há o fato ou não, mais importa a versão.

Outro posicionamento doutrinário, que compartilha da visão da fragmentação do Direito Internacional - e do Direito como um todo - como um discurso, é o exposto por Holmes<sup>507</sup>. Afirma Holmes que a discussão mais atual entre os doutrinadores do Direito está relacionada à criação de uma nova, pós-nacional ou transnacional, ordem jurídica, à fragmentação do Direito Internacional e às implicações de tais tendências com as novas formas de lidar com os paradoxos da tomada de decisão normativa, seja no direito interno, seja nos regimes jurídicos transnacionais.<sup>508</sup>

Por conta disso, afirma ser fácil de entender porque as questões relacionadas à tecnificação da semântica jurídica e os problemas emergentes, relacionados ao momento constitucional dos regimes jurídicos globais, se tornou uma das principais preocupações da teoria jurídica.<sup>509</sup>

O doutrinador, da área da Sociologia, não está preocupado com os perigos da fragmentação do Direito Internacional, mas, com a própria pertinência desse debate, explorando as possíveis causas dessa "ansiedade" doutrinária, até porque, a fragmentação do Direito Internacional não é uma novidade, nem no Direito em si, nem na sua doutrina.<sup>510</sup>

Sugere o doutrinador que as questões relacionadas com a fragmentação do Direito Internacional e a chamada "assustadora constitucionalização" só seriam vistas como problemáticas, devido às suas relações com uma percepção muito peculiar do fenômeno da inclusão social na sociedade global. Isso se daria, porque haveria uma alteração na auto-descrição dos sistemas jurídico e político, de uma forma que poria em risco muitas de suas estruturas diferenciadoras, mas também, porque mudaria o modo de se lidar com os paradoxos da inclusão na, funcionalmente diferenciada, moderna sociedade global.<sup>511</sup>

Explicando melhor o seu pensamento, o doutrinador diz que, uma vez que o constitucionalismo democrático seria a base retórica da "semântica totalitária da inclusão

---

<sup>506</sup> Ibid. p.28.

<sup>507</sup> HOLMES, Pablo. **The Retic of 'Legal Fragmentation' and Its Discontents. Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law.** Utrecht: Utrecht Law Review, vol. 7, n.2, 2011.p. 113/140.

<sup>508</sup> Ibid. p.113.

<sup>509</sup> Ibid. p.114.

<sup>510</sup> Ibid.p.114.

<sup>511</sup> Ibid. p. 114.

total" de todos os indivíduos, em cada sistema funcional, da sociedade global, os problemas já conhecidos, relacionados com a globalização do Direito e da Política estariam intimamente ligados com bifurcações evolucionárias da própria diferenciação funcional, especialmente, no que toca à maneira de lidar com os problemas de inclusão ou exclusão social.<sup>512</sup>

Com efeito, na sociedade contemporânea, diz o doutrinador, parece óbvio que as condições de extrema exclusão, dos sistemas jurídico, político, educacional e econômico são consideradas inaceitáveis ou, pelo menos, problemáticas. A "escandalização" da exclusão social, equiparando-a a uma violação de direitos humanos, seria um fenômeno relativamente novo. A sociedade somente teria mudado nessa direção, após a mudança para a moderna diferenciação funcional, segundo a qual, qualquer espécie de hierarquia social e diferença individual só pode ser aceita, se ela for calcada em escolhas feitas pelo indivíduo, ao longo da vida. Apoiando esse ponto de vista, observa o doutrinador que, sob as ordens constitucionais da Era Westphaliana, ao menos, no centro do sistema econômico global, teria sido possível materializar uma grande parte dos comandos direcionados à inclusão social.<sup>513</sup>

De fato, por todo o mundo, constituições exibiriam os seus catálogos de direitos humanos, que teriam, gradualmente, expandido o seu alcance de direitos pessoais negativos até direitos sociais de participação positivos. Mesmo que se considere que muitas dessas constituições, em países periféricos, teriam somente um caráter simbólico ou nominal, ainda serviriam como o único modelo válido de legitimação, que poderia estabilizar a coexistência dos sistemas funcionais.<sup>514</sup>

Ainda assim, tais constituições de países periféricos seriam mecanismos vitais para a diferenciação entre uma pluralidade de códigos, sendo assim, essenciais para a disseminação da diferenciação funcional por todo o globo. Além disso, também funcionariam para temporalizar problemas de exclusão, como se fossem passos para o desenvolvimento, que todo país deveria seguir, tornando invisíveis as causas reais do subdesenvolvimento, de forma a estabilizar estratificações existentes, nos diferentes subsistemas da sociedade mundial.<sup>515</sup>

Afirma Holmes que a diferenciação funcional somente é possível, se há um sistema jurídico que atua na função de sistema imunizante, dentre as crescentes tendências destrutivas dos sistemas funcionais, contra si mesmos. Tal fato seria refletido nas auto-descrições do

---

<sup>512</sup> Ibid. p. 114/115.

<sup>513</sup> Ibid. p. 115.

<sup>514</sup> Ibid. p. 115.

<sup>515</sup> Ibid. p. 115.

Direito e da Política, como costumavam ser encontradas, no constitucionalismo democrático.<sup>516</sup>

Porém, se for observado o desenvolvimento da sociedade global e as atuais condições de extrema fragmentação do Direito no mundo, deduz-se que não há indicações que o sistema jurídico possa atuar na sua função de neutralização, ou, ao menos, de tornar a exclusão invisível.<sup>517</sup>

Dessa forma, da mesma maneira que essa função ainda se mostraria necessária para a reprodução da sociedade global funcionalmente diferenciada, no longo prazo, aparentemente, as velhas auto-descrições nacional democráticas do Direito e da Política tenderiam a mostrar uma resistência à emergência de alternativas semânticas, de modo que, haveria uma disputa entre possíveis auto-descrições constitucionais do Direito Mundial, o que aparentaria ser decisivo na determinação da futura sociedade e sua diferenciação funcional. A ansiedade doutrinária sobre a fragmentação e a transformação da Teoria Constitucional refletiriam essas profundas mudanças estruturais.<sup>518</sup>

Observou o doutrinador uma correspondência entre a o surgimento da retórica da fragmentação do Direito no mundo - incluindo, aí, o Direito Internacional - e uma decadência da Política na linguagem jurídica, na sociedade contemporânea.<sup>519</sup>

Esclarece Holmes, que a falta de uma organização à maneira de um Estado, na ordem global, funcionando como o centro de um sistema político global, teria dado oportunidade para o surgimento de uma multiplicidade de auto-descrições, tanto dos sistemas políticos, quanto dos jurídicos, da sociedade mundial.<sup>520</sup>

As novas semânticas descritivas do Direito mundial parecem competir, não apenas entre si, mas também com o velho constitucionalismo nacional democrático, como salienta Holmes. Como consequência haveria uma inflação teórica de termos como "pluralismo jurídico", "pluralismo social", "Direito heterárquico", "pluralismo constitucional", dentre outros. Todos eles demonstrando que haveria uma pluralidade de teorias constitucionais competindo por um papel hegemônico na representação dos níveis finais de criação de decisões jurídicas, no nível global. Tal "tendência pluralista" não seria limitada a ordens

---

<sup>516</sup> Ibid. p. 115/116.

<sup>517</sup> Ibid. p. 116.

<sup>518</sup> Ibid. p. 116.

<sup>519</sup> Ibid. p. 116.

<sup>520</sup> Ibid. p. 116.

transnacionais, mas também incluiriam a ordem jurídica internacional e, mesmo, nacional, as quais, seriam vistas apenas como regimes jurídicos, dentre muitos outros.<sup>521</sup>

Ensina Holmes, que no contexto da Teoria dos Sistemas, as teorias constitucionais consistiriam de uma observação de segunda ordem da dinâmica operativa do sistema jurídico, relacionadas à sua estrutura, uma vez que, observam operações, que não são, diretamente, as suas próprias operações, como se observassem a realidade. Teorias auto-reflexivas, como a Teoria Constitucional, observam uma observação de primeira ordem, já existente. Assim atuando, produzem, elas mesmas, novas operações, que também são responsáveis por tornar invisível o paradoxo da unidade do sistema, sendo estruturalmente decisivas para a reprodução do sistema como um todo.<sup>522</sup>

No caso dos sistemas jurídicos, afirma, torna-se determinante saber como as teorias constitucionais condicionam, pela sua observação, as estruturas ideológicas, que determinam em qual extensão operações básicas serão irritadas pelas operações de outros sistemas, como é o caso da Política e da Ciência. Isso irá, indiretamente, (in)formar a criação das decisões jurídicas, tomando lugar, no nível estrutural, nos usos finais das diferenças entre legal e ilegal ou constitucional e inconstitucional. Cada sistema está, segundo afirma, em uma posição de conflito potencial permanente com o seu ambiente social, desde que, não haja um mecanismo de adaptação automática ou cognição direta do que esteja situado fora de seus limites operativos.<sup>523</sup>

Assim, sistemas sociais necessitariam de suas teorias reflexivas, para permanecer operativamente fechados, ao mesmo tempo em que, possam estabelecer os acoplamentos estruturais, que lhes permitam sobreviver em um ambiente opaco.<sup>524</sup>

Ao descrever condições de validade, por exemplo, as teorias constitucionais definem quais interpretações hegemônicas irão atuar como fronteiras entre os sistemas estruturalmente acoplados, como o Direito e Política, Direito e Economia, Direito e Física.<sup>525</sup>

Assim, como salienta Holmes, quando se fala em pluralidade de constituições e de sistemas jurídicos, esse fato corresponderá, de alguma forma, a características particulares do Direito Global emergente e de seus acoplamentos estruturais existentes. Logo, o "monstro derridiano" do Direito Global, que não permite sequer uma definição breve, com base qualquer contexto doutrinário anterior, parece ser uma consequência da dinâmica de uma

---

<sup>521</sup> Ibid. p. 117.

<sup>522</sup> Ibid. p. 117.

<sup>523</sup> Ibid. p. 117.

<sup>524</sup> Ibid..p. 117.

<sup>525</sup> Ibid. p. 118.

globalização funcional, que superou o constitucionalismo democrático tradicional, forçando uma mudança semântica da auto-descrição tradicional do Direito Constitucional Político e transformando-o em uma espécie de Era Pós-Política e Pós-Democrática, de especialização e gerencialismo.<sup>526</sup>

Da mesma forma, desde a mudança teórica cosmopolitana, que começou nos anos noventa, uma assim chamada "fragmentação do Direito Global", não apenas no Direito Internacional, como afirma, passou a ser mais ouvida. Menos falada passou a ser a formação de uma "ordem jurídica internacional global" - tema que será tratado, mais adiante na tese, como sendo a derrocada do projeto constitucionalista, no Direito Internacional, no capítulo terceiro.<sup>527</sup>

Nas últimas duas décadas, a retórica da teoria jurídica preocupou-se mais com uma espécie de desordem dos regimes jurídicos autônomos, que teria um efeito prejudicial sobre a soberania dos sistemas jurídicos nacionais e nos discursos sobre direito interno. Por assim dizer, a tendência em direção à fragmentação do Direito Transnacional teria consequências profundas na forma como o sistema jurídico lida com o seu código, nos mais diferentes níveis. Então, de um nível transnacional, o pluralismo jurídico também teria se infiltrado no constitucionalismo jurídico nacional, realizando uma poderosa mudança em toda a Teoria Constitucional de toda a sociedade mundial.<sup>528</sup>

Por outro lado, assevera Holmes, a ordem jurídica internacional tradicional, baseada em tratados e convenções, acertados entre políticos nacionais, parece ser objeto de uma profunda transformação, devido ao aumento da fragmentação e da tecnificação. Assim, apenas alguns doutrinadores ainda acreditariam que seria possível falar sobre uma ordem jurídica internacional unitarista e consistente.<sup>529</sup>

Segundo os pluralistas jurídicos, uma vez que não existiriam autoridades soberanas, com suficiente poder para produzir normas vinculantes no nível global, seria necessário lidar com uma multiplicação funcional de domínios de conhecimento, no interior de um Direito Internacional, que se transforma, para ser construído de forma *ad hoc*, com a participação, não apenas de Estados, mas de uma pluralidade de atores da sociedade mundial. Por outro lado, tratados internacionais, continuamente, estabelecendo novos regimes fragmentados, parecem criar obrigações para Estados nacionais, "sem ou contra a sua vontade", baseando-se o seu poder de fazer cumprir suas decisões em imperativos funcionais, que podem ser extraídos de

---

<sup>526</sup> Ibid. p. 118.

<sup>527</sup> Ibid. p. 118.

<sup>528</sup> Ibid. p. 118.

<sup>529</sup> Ibid. p. 118.

diferentes sistemas, como o econômico, comunicação de massa, esportes, ciência, dentre outros.<sup>530</sup>

Se a teoria original dos regimes internacionais - formulada pela Ciência Política - compreende que tais estruturas "não podem ser interpretadas como elementos de uma nova ordem internacional sob a égide do Estado-nação", parece hoje que a política mundial também parece ter sido substituída por uma espécie de barganha cooperativa, baseada em uma acomodação interativa de conflitos de interesse potenciais do "público", que incluiria os próprios Estados nacionais.<sup>531</sup> Essas ordens "cognitivas", baseadas em interesses, assumiriam a forma de regimes jurídicos, englobando mesmo os campos dos antigos direitos internos e da Política.<sup>532</sup>

Em outras palavras, segundo Holmes, as correntes auto-descrições experimentais do Direito Global, suas teorias constitucionais plurais, tentam levar em conta uma realidade de uma desnacionalização de largo alcance, que parece ameaçar a soberania do constitucionalismo nacional, como único discurso, que seria capaz de definir as fronteiras das operações jurídicas.<sup>533</sup>

Logo, nessa outra visão da fragmentação como um discurso, não se nega a existência do fenômeno, mas, acredita-se que a retórica de fragmentação sirva, de alguma forma, como elemento de uma disputa entre auto-descrições, as quais, por sua vez, influenciam na maneira como atua o Direito.

Porém, também há quem veja a fragmentação como uma realidade fática, não necessariamente, ruim, como se verá.

#### 2.4.3 A Fragmentação do Direito Internacional como Manifestação Saudável de Pluralismo

Como já visto anteriormente, há manifestações da doutrina, no sentido da necessidade da preservação da unidade e coerência do Direito Internacional, contra o mal da fragmentação. Também existem aqueles que se mostram mais preocupados em analisar a fragmentação do Direito Internacional, do ponto de vista discursivo, seja colocando-o em uma perspectiva histórica, seja vislumbrando a realidade sociológica global.

---

<sup>530</sup> Ibid. p. 118.

<sup>531</sup> Ibid. p. 118.

<sup>532</sup> Ibid. p. 118/119.

<sup>533</sup> Ibid. p. 119.

Porém, outra visão é aquela que concorda com a existência fática do fenômeno, mas não o vê, necessariamente, como um mal, como é o caso do pensamento de Burke-White<sup>534</sup>.

O referido doutrinador desafia as afirmativas de que o Direito Internacional estaria, de fato, se fragmentando e que tais desenvolvimentos constituiriam uma ameaça ao sistema jurídico internacional, como é conhecido hoje<sup>535</sup>.

Na realidade, segundo o seu ponto de vista, o Direito Internacional estaria se transformando em um sistema pluralista. Afirmar que as práticas, as normas e as instituições da ordem jurídica internacional podem ser fortalecidas pela emergência de um pluralismo jurídico internacional.<sup>536</sup>

Burke-White afirma que as várias visões sobre a fragmentação do Direito Internacional apenas focam em aspectos particulares de seu desenvolvimento, bem como, que, enquanto muitos concordam não existir um sistema jurídico internacional unificado, muitos também testemunham a existência de um grau significativo de interconexão, no interior do sistema. Em seu artigo, afirma realizar uma análise mais completa e holística do tema, explorando as tendências principais, que caracterizam o fenômeno, ao invés de apenas uma ou outra. Nesse sentido, sete tendências mereceram consideração especial: a diversificação dos tribunais, aplicando o Direito Internacional; o crescimento e o conflito potencial das normas jurídicas internacionais; o aumento do acesso de atores não-estatais aos foros internacionais; a distinção entre jurisdição e lei aplicável, nos tribunais internacionais; a rápida expansão do diálogo interjurisdicional; a fusão de procedimentos e tradições entre cortes e sistemas jurídicos; e o desenvolvimento de cortes híbridas, incorporadoras de elementos nacionais e internacionais.<sup>537</sup>

Sustenta Burke-White que, nas últimas duas décadas, o Direito Internacional cresceu, mudou e expandiu por diferentes caminhos, regulando um grande número de assuntos diferentes, sendo criado por uma quantidade crescente de fontes jurídicas e sendo aplicado por uma quantidade de cortes e tribunais internacionais jamais vista.<sup>538</sup>

Porém, muito embora tenha se tornado muito mais complexo do que antes, isso não significa, necessariamente, que tenha se tornado um sistema jurídico fragmentado. Afirmar que as três primeiras tendências acima referidas, podem realmente sugerir fragmentação. Porém,

---

<sup>534</sup> BURKE-WHITE, William W. **International Legal Pluralism**. Ann Arbor: Michigan Journal of International Law, vol. 25, 2004.p.963/979.

<sup>535</sup> Ibid. p.963

<sup>536</sup> Ibid. p.963.

<sup>537</sup> Ibid. p.964.

<sup>538</sup> Ibid. p.965.



as quatro últimas apontam para novas formas de interação entre atores nacionais e internacionais, além do desenvolvimento de um pluralismo jurídico internacional.<sup>539</sup>

Quanto à primeira tendência, a diversificação dos tribunais internacionais, diz que esses órgãos surgiram, em razão de necessidades funcionais, porque novos problemas teriam emergido, requerendo soluções transnacionais, por instituições internacionais, como os tribunais internacionais. Alguns exemplos dados incluem o Tribunal Penal Internacional e a Organização Mundial do Comércio, na esfera internacional, sem falar de tribunais criados por um grupo de Estados, em resposta a desafios de ordem regional, como se deu com a Corte Europeia de Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>540</sup>

Um desenvolvimento ainda mais significativo, para o referido doutrinador, é o aumento do número de cortes nacionais, que aplica o Direito Internacional, além das referências constitucionais a esse direito.<sup>541</sup>

Aduz que alguns doutrinadores vêem essa expansão como uma indicação de fragmentação, que aumentaria a possibilidade de julgamentos conflitantes, com dois tribunais decidindo diferentemente, sobre a mesma matéria, tendo sido dado o exemplo de um conflito de decisões entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Justiça, quando comparados os Casos Vermeulen e Emesa Sugar. Muito embora admita essa possibilidade, Burke-White afirma que isso ocorre em um contexto, no qual, o Direito Internacional desempenha um papel mais importante do que antes, não o contrário.<sup>542</sup>

No que tange à segunda tendência, Burke-White afirma que a rápida expansão das normas internacionais está modificando a forma do sistema jurídico, tendo ele ganhado densidade. Anteriormente, o conjunto de temas, que era por ele regulado, era bem limitado, como se dava com a conduta dos diplomatas, o direito do alto-mar e conduta territorial dos Estados. Nas últimas duas décadas, o aumento expressivo do número de tratados bilaterais e multilaterais, frequentemente, em áreas bem específicas, que vão do meio-ambiente e comércio aos direitos humanos e crimes internacionais, submetem os Estados a uma quantidade, cada vez maior, de obrigações. Isso tem sido interpretado como um indicativo de fragmentação, tendo em vista o aumento do risco de potenciais conflitos entre normas jurídicas. Especialmente, levando em conta que o Direito Internacional não fornece, hoje, um conjunto de normas para resolver esse conflito em potencial.<sup>543</sup>

---

<sup>539</sup> Ibid. p.965.

<sup>540</sup> Ibid. p.965.

<sup>541</sup> Ibid. p.966/967.

<sup>542</sup> Ibid. p.967.

<sup>543</sup> Ibid. p.967/968.

Afirma que a criação de tantas novas obrigações jurídicas para os Estados sugere que áreas anteriormente situadas no interior do domínio exclusivo da política nacional juridicizam-se.<sup>544</sup>

A terceira tendência observada por Burke-White, por sua vez, refere-se à expansão do acesso aos foros internacionais a atores não-estatais. Esse movimento inclui indivíduos, organizações não-governamentais e mesmo empresas transnacionais, frequentemente, sem a exigência da proteção diplomática, pela qual, os Estados defendiam o interesse de seus cidadãos, em cortes internacionais.<sup>545</sup> Os exemplos dados pelo doutrinador passam pelo acesso dos indivíduos, cidadãos da União Europeia, à Corte Europeia de Direitos Humanos; o acesso indireto de indivíduos e de organizações não-governamentais ao Tribunal Penal Internacional; sem falar no acesso das empresas transnacionais ao mecanismo contido no Tratado NAFTA, capítulo XI; dentre outros.<sup>546</sup>

Tais movimentos também foram interpretados como facetas da fragmentação, porque a ampliação do acesso significaria mais causas, mais cortes e uma rede mais densa de direitos e obrigações, que levaria a algum conflito. Porém, o acesso ampliado, no entender de Burke-White, fortalece o Direito Internacional, na medida em que, por razões políticas, os Estados deixam de ingressar com reclamações contra outros Estados, isso não acontece com os indivíduos, por exemplo<sup>547</sup>. Por isso, seriam eles os “músculos” do Direito Internacional, funcionando eles como “monitores” do cumprimento das regras estabelecidos, pelos Estados, tanto no plano interno, quanto no externo<sup>548</sup>.

Afirma Burke White, que o risco potencial de fragmentação é algo real, o que pode ocorrer com o surgimento de diferentes linhas jurisprudenciais, superespecialização, decisões inconciliáveis e o aparecimento de obrigações conflitantes para os Estados. Porém, há outras quatro tendências, além das três, anteriormente mencionadas, que indicam um caminho contrário ao da fragmentação do Direito Internacional, como salienta.<sup>549</sup>

A quarta tendência diz respeito à existência de um corpo comum de normas aplicáveis, que são utilizadas pelos diferentes tribunais internacionais, quando processam e julgam seus casos, o que pode preservar a unidade do Direito Internacional. Nesse sentido, é importante fazer a distinção entre jurisdição e direito aplicável, porque, apesar de existirem diferentes

---

<sup>544</sup> Ibid. p.968.

<sup>545</sup> Ibid. p.969.

<sup>546</sup> Ibid. p.969.

<sup>547</sup> Ibid. p.970.

<sup>548</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. **International Law in a World of Liberal States**. Fiesole:European Journal of International Law, vol. 6, 1995.p.503/533.

<sup>549</sup> BURKE-WHITE, William W. op. cit. p.970.

tribunais internacionais, mercê de sua especialização crescente, esses tribunais internacionais, funcionalmente distintos, podem aplicar - e, em general, aplicam - o mesmo corpo de normas internacionais, chamado de Direito Internacional geral.<sup>550</sup>

Logo, essas cortes internacionais continuam sendo partes de um sistema integrado e interconectado, recorrendo às mesmas fontes básicas do Direito Internacional. Assim, quando ocorrem os conflitos, eles tendem a se situar em um mesmo contexto de normas jurídicas compartilhadas.<sup>551</sup> Como consequência, oferece-se uma solução possível para o risco de obrigações ou decisões conflitantes, porque tais cortes internacionais observarão para um mesmo corpo de normas, para resolver os conflitos que, eventualmente, podem surgir.<sup>552</sup>

A quinta tendência notada por Burke-White refere-se ao robustecimento do diálogo interjurisdicional. Ele provê, para atores de todos os níveis, meios de comunicação, compartilhamento de informações e a possibilidade de solucionar eventuais conflitos, de forma preventiva. Esse diálogo ocorre em três níveis: as cortes internacionais estão em diálogo, umas com as outras; as cortes nacionais, com as internacionais; e, por fim, entre as cortes nacionais, esse diálogo também se dá. Através desse diálogo interjurisdicional, muitas cortes internacionais decidiram, coletivamente, acolher entendimentos da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, porque elas possuem um peso considerável, para outros tribunais. Esse diálogo seria ainda mais forte na área penal, porque, por exemplo, chega a ocorrer troca de juizes entre diferentes cortes, além de se registrar uma grande deferência a decisões do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia.<sup>553</sup>

Também ocorre a citação de decisões de tribunais internacionais, por cortes supremas nacionais, como se dá com aquela da África do Sul e a do Reino Unido. Mesmo nos Estados Unidos, uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos foi citada na Suprema Corte de lá, quando se tratou do tema dos padrões internacionais de proteção dos direitos dos homossexuais.<sup>554</sup>

O mesmo fenômeno ocorre entre as cortes nacionais, sendo que aquelas do Zimbabwe, Índia, África do Sul e Canadá, frequentemente, citam umas às outras.<sup>555</sup>

Tal diálogo tem o potencial de preservar a unidade do Direito Internacional, embora dependa, pesadamente, dos próprios juizes. Caso considerem fazer parte de um mesmo

---

<sup>550</sup> Ibid. p.970.

<sup>551</sup> Ibid. p.971.

<sup>552</sup> Ibid. p.971.

<sup>553</sup> Ibid. p.971.

<sup>554</sup> Ibid. p.972.

<sup>555</sup> Ibid. p.973.

sistema de aplicação do Direito Internacional, podem, através de acordos informais, diálogo e respeito, evitar conflitos, antes mesmo que eles aconteçam, ou ainda, minimizar os seus efeitos, caso venham a ocorrer. Para tanto, seria necessário relativizar os interesses nacionais envolvidos, privilegiar a independência das cortes e a legitimidade democrática dos governos estrangeiros, além das competências relativas dos tribunais em questão.<sup>556</sup>

A sexta tendência identificada é a reunião de procedimentos e tradições jurídicas, que se consubstancia em uma harmonização gradual e parcial, que se dá no interior das cortes e tribunais internacionais e nacionais. Nota-se uma lenta convergência entre os sistemas jurídicos da “*common law*” e romanístico, bem como, um movimento dos tribunais internacionais para um procedimento híbrido, que funde práticas da “*common law*” e da Escola Romanística. Muito embora, isso não terá como consequência – e não deveria, como observa Burke-White – a formação de um procedimento comum, para todas as cortes, nacionais e internacionais, isso permitirá que os diferentes sistemas jurídicos nacionais se tornem mais transparentes para observadores estrangeiros, além de promover a “*cross-fertilization*”, o diálogo e compromisso entre cortes nacionais e internacionais.<sup>557</sup>

Afirma Burke-White que em nenhuma outra área essa fusão é mais sentida, que na área penal internacional, como ocorreu no Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, que revisou continuamente suas normas adjetivas, para permitir, por exemplo, o uso do “*affidavit*”, a fim de aumentar a eficiência dos procedimentos, fazendo coexistir os modelos adversarial e inquisitorial<sup>558</sup>.

A sétima tendência visualizada pelo doutrinador é da hibridização da aplicação do Direito Internacional. Diz ele que há uma proliferação de tribunais híbridos, decidindo sobre crimes internacionais em Estados pós-conflito. Muito embora esse tipo de corte internacional opere apenas em uma área do Direito Internacional, afirma haver indicativos de uma crescente fusão, em termos de aplicação, dos direitos nacionais e do Direito Internacional. Afirma que elas também podem revelar caminhos, pelos quais, o sistema jurídico internacional possa acomodar diferenças legítimas de escolhas nacionais, em uma ordem jurídica unitária. Elas são híbridas, porque elas, explicitamente, misturam elementos domésticos e internacionais, empregando, tanto juízes locais, quanto internacionais, além de aplicar um misto de direito internacional e Direito Internacional.<sup>559</sup>

---

<sup>556</sup> Ibid.p.973.

<sup>557</sup> Ibid. p.974.

<sup>558</sup> Ibid. p.975.

<sup>559</sup> Ibid. p.975.

Elas são instaladas, mediante acordo entre governos nacionais e as Nações Unidas, a qual, dispõe dos meios para a aplicação do Direito Penal Internacional, ao mesmo tempo em que se permite aos governos nacionais alguma discricionariedade, no que toca ao pessoal, procedimento e até acerca do direito aplicável. Esses tribunais híbridos situam-se, exatamente, na interseção entre os sistemas jurídicos nacionais e o internacional, uma área que terá importância central, no futuro desenvolvimento do Direito Internacional, porque é o local onde os sistemas se comunicam e se influenciam, reciprocamente.<sup>560</sup>

Alguns vêem essas cortes híbridas como outro exemplo de fragmentação de um sistema jurídico internacional, ainda na infância. Mas, uma interpretação, para o doutrinador, mais precisa, implica ver tais cortes como parte de um sistema multinível de governança global, na qual, os níveis, doméstico e internacional, estão mais profundamente interligados do que nunca.<sup>561</sup>

Por isso, acreditando que as quatro últimas tendências equilibrariam as três primeiras, mantendo a unidade da ordem jurídica internacional, afirma que estaria se formando um novo tipo de sistema jurídico internacional, na interação dessas forças fragmentadoras e unificadoras. Tal sistema asseguraria a unidade, abraçando as diferenças legítimas, tornando-se mais legítimo e mais efetivo.<sup>562</sup>

Caminhando nesse mesmo sentido, observa-se que a obra de Delmas-Marty é um bom exemplo da abordagem que valoriza o pluralismo da ordem jurídica internacional, tendo sido exposta a sua posição de forma bastante clara e concisa, em conferência realizada no dia 26/01/2006, na Universidade de Bordeaux IV<sup>563</sup>, na qual, faz remissão ao seu livro "*Le Pluralisme Ordonné*"<sup>564</sup>.

Assim, em primeiro lugar, Delmas-Marty assinala que o que domina a paisagem jurídica atual é uma grande desordem, excessivamente fragmentado, o que teria resultado de processo anárquico de globalização. Porém, paralelamente, esse ambiente mundial estaria sendo, rapidamente, unificado e uniformizado, por uma integração hegemônica, a qual estaria ocorrendo diante do silêncio do mercado e do fracasso das armas.<sup>565</sup>

---

<sup>560</sup> Ibid. p.976/977.

<sup>561</sup> Ibid. p.977.

<sup>562</sup> Ibid. p.979.

<sup>563</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné et les Interactions entre Ensemble Juridiques**. In [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article\\_Daloz.pdf](http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Daloz.pdf). Acesso em 03/06/2016. p. 1/18.

<sup>564</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Pluralisme Ordonné*. Paris: Seuil, 2006. (?)p. Apud DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné et les Interactions entre Ensemble Juridiques**. In [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article\\_Daloz.pdf](http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Daloz.pdf). Acesso em 03/06/2016. p. 1

<sup>565</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné et les Interactions entre Ensemble Juridiques**. op. cit. p.1.

Um objetivo contraditório e inacessível, portanto, seria ordenar o múltiplo, sem que se lhe reduza ao idêntico; admitir o pluralismo, sem que se renuncie a um direito comum, a uma medida comum do que seja o justo ou o injusto. Contraditório seria, porque, na visão da doutrinadora, o pluralismo remete à dispersão, ao movimento livre, logo, à separação dos sistemas autônomos e fechados - já que se observa no discurso, uma diferença, eis que, para doutrinadores tradicionais, como Dupuy, não existe autonomia e fechamento, nesses regimes - , de maneira que se é convidado a pensar em termos de estruturação, ou mesmo, de coerção.<sup>566</sup>

A fim de superar essa contradição, seria necessário lograr fosse obtido o respeito à diversidade, de modo a permitir uma harmonia de conjunto, o que, falado de outra forma, sugeriria um pluralismo ordenado.<sup>567</sup> Esse pluralismo ordenado, na visão da doutrinadora, estaria no meio do caminho entre o pluralismo de separação - ao qual, se entende ser possível renunciar, já que o fechamento dos sistemas de Direito seria, no momento atual (observe-se que o fechamento não seria ilusório em si mesmo, em qualquer contexto...), ilusório, tendo em vista a globalização, que multiplica as interdependências - e o pluralismo de fusão - já que a unidade jurídica do mundo seria uma utopia.<sup>568</sup>

Afirmou Delmas-Marty que os resultados não seriam garantidos, mas já existiria uma prática, que demonstraria ser possível religar os sistemas ou os conjuntos jurídicos nacionais e internacionais, pela atuação de múltiplas interações, sejam elas interações judiciárias ou normativas, espontâneas ou impostas, diretas ou indiretas. Tais sistemas ou conjuntos jurídicos teriam sido separados pela história, porém, rejeitariam uma fusão, porque seria sinônimo de hegemonia.<sup>569</sup>

O método proposto pela doutrinadora, para tentar dar conta da instabilidade atual, privilegiaria a abordagem dinâmica, em detrimento da abordagem estática, bem como, daria precedência aos movimentos sobre os modelos. Tal método consistiria em esclarecer as condições de instalação de uma ordem pluralista, distinguindo os diversos processos de interação, em ordem de hierarquização crescente, iniciando-se pela coordenação, através de entrecruzamentos horizontais; pela harmonização, que leva à aproximação, sem pretender a uniformidade; até chegar à unificação, imposta verticalmente, seja por transplante, seja por hibridização.<sup>570</sup>

---

<sup>566</sup> Ibid. p.1.

<sup>567</sup> Ibid. p.1.

<sup>568</sup> Ibid. p.1.

<sup>569</sup> Ibid. p.1.

<sup>570</sup> Ibid. p.1.

As soluções propostas por Delmas-Marty serão estudadas, mais amiúde, na parcela do trabalho que trata das possíveis soluções para a fragmentação do Direito Internacional, em especial, as soluções não-processuais.

Porém, o que se percebe do trabalho da mencionada doutrinadora, é que a fragmentação anárquica é considerada um mal, mas uma fragmentação ordenada serviria para evitar uma formação hegemônica, em nome da unidade do Direito, mais especificamente, também do Direito Internacional, preservando a diversidade jurídica.

A afirmação, um tanto quanto hermética, logo no início de sua conferência, no sentido de que haveria duas forças contrárias, nesse processo de globalização do Direito, sendo que, uma, seria uma fragmentação anárquica, outra, uma integração hegemônica, é melhor esclarecida em outra conferência proferida pela doutrinadora.<sup>571</sup>

Afirmou ela que, na confluência da globalização econômica e do universalismo ético postulado pela Declaração de 1948 (das Nações Unidas), a mundialização atual traria a emergência de uma nova e verdadeira ordem jurídica global. Porém, o universalismo se tornou normativo apenas de forma fragmentária e, na medida em que os fragmentos se multiplicam, tanto no campo regional, quanto no campo global, essa mundialização acaba se tornando um sinônimo de desordem mundial.<sup>572</sup>

Assim, de um lado, há inúmeros dispositivos de internacionalização dos direitos humanos (o tema da conferência, mais, para fins argumentativos, pode ser tomado apenas como mais um exemplo), existindo convenções regionais e globais, gerais e especiais. De outro lado, a globalização do mercado tomou formas jurídicas diversas, seja de aparição espontânea, como a *lex mercatoria*, seja imposta por acordos concluídos no contexto regional ou global. Muito embora o grau de integração normativa varie, a dinâmica do mercado, concebida como um modelo de organização social, também com pretensões ao universalismo, parece estar à frente da dinâmica dos direitos humanos, pois, a sua efetividade varia de acordo com o estado das ratificações e a natureza dos controles.<sup>573</sup> Afirma Delmas-Marty, então, que o fechamento dessas diferentes esferas jurídicas seria tal, que cada qual guardaria uma coerência própria, sem que se comunique com as demais.<sup>574</sup>

---

<sup>571</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Globalisation Économique et Universalisme des Droits de L'Homme. 7e. Conférence Albert-Mayrand.** Montréal: Éditions Thémis, 2004.p. 1/22.

<sup>572</sup> Ibid. p.3.

<sup>573</sup> Ibid. p.3.

<sup>574</sup> Ibid. p.3.

A superação dessa desordem mundial, em sua opinião, seria obtida com a associação dos direitos humanos com o desenvolvimento econômico, o que resultaria na criação de uma ética da globalização.<sup>575</sup>

Especificamente, no que toca aos direitos humanos, concorda ela que, de certa maneira, dão a impressão de contribuir com a desordem, seja por conta do aspecto formal - conceitos fluidos -, do aspecto empírico - normas pouco efetivas - e do aspecto axiológico - em razão do conflito de valores. Porém, eles participariam, talvez, mais abertamente que outros ramos jurídicos, da mudança epistemológica, que acompanharia o Direito pós-moderno.<sup>576</sup>

Os direitos humanos mostrariam o caminho de um pluralismo ordenado - ao qual se referiu na conferência, anteriormente descrita -, por conta das margens de apreciação; que seriam admitidas, no plano nacional, em benefício das minorias, como ocorre na jurisprudência da Suprema Corte Canadense; bem como, no plano internacional, em benefício dos Estados nacionais, conforme os entendimentos da Corte Europeia dos Direitos do Homem.<sup>577</sup>

Uma primeira observação sobre o atual estado do Direito Internacional, de resto bastante interessante, que foi proferida pela doutrinadora, na referida conferência de 2004, é a de que os conjuntos normativos da esfera internacional não parecem concebidos como verdadeiros sistemas ordenados, segundo uma estrita hierarquia, nem como ordens jurídicas, no sentido institucional<sup>578</sup>, o que é algo que será tratado mais à frente, na presente tese.

Essa observação é bastante importante para o trabalho, porque toda a discussão sobre os riscos da fragmentação passa pela perda de um caráter sistêmico do Direito Internacional, tal como, uma espécie de "paraíso perdido", ao qual, se pretende retornar...

Delmas-Marty, com certa propriedade, destrói esse mito, afirmando que esses conjuntos seriam, quando muito, uma simples acumulação de normas, caracterizadas por seu conteúdo e continente, como sistemas imperfeitos, que são abertos, porosos e instáveis, entre os quais, existiria uma relação de inclusão ou exclusão, sendo cada um deles, senão uma ordem, ao menos, um espaço normativo.<sup>579</sup> Esse fechamento normativo serviria para ocultar o conflito entre a globalização econômica e o universalismo ético, como se o processo de

---

<sup>575</sup> Ibid. p.3.

<sup>576</sup> Ibid. p.4.

<sup>577</sup> Ibid. p.4.

<sup>578</sup> Ibid. p.7.

<sup>579</sup> Ibid. p7.



fragmentação pudesse ser traduzido como uma recusa no reconhecimento dos direitos humanos como bússola, no que redundaria em um nascente Direito Global sem um Norte.<sup>580</sup>

Os conjuntos jurídicos internacionais, então, apresentariam um complexo jogo de relações de pertencimento, ou, eventualmente, de simples vizinhança, que seriam verticais - entre o espaço nacional, regional e mundial - e horizontais - por exemplo, entre o Direito Comunitário e a Convenção Europeia de Proteção aos Direitos Humanos; a Organização Mundial do Comércio e a Organização das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial da Saúde.<sup>581</sup>

Fazendo referência ao conceito de Timsit sobre sistema, o qual definiria um sistema de Direito como o cruzamento de dois eixos, a ordem normativa e o espaço normativo, Delmas-Marty considera que, na esfera internacional, o que ocorre é um deslocamento do primeiro sobre o segundo.<sup>582</sup>

Afirma Delmas-Marty que essa disposição dos conjuntos normativos na esfera internacional não permite que se construa uma verdadeira comunidade, que partilhe dos mesmos valores. Assim, se é visível que a globalização está em vias de transformar as relações entre o Direito Internacional e o direito interno, modificando assim as relações funcionais, pela interpenetração crescente entre esses dois universos, além das relações conceituais, por uma imprecisão crescente da linha de separação entre os assuntos externos e internos, por outro lado, essa globalização afeta as bases da própria legitimidade filosófica e jurídica das sociedades, eis que, acompanhada de uma confusão entre valores de mercado e não-mercado.<sup>583</sup>

Mais ainda, no contexto atual, haveria uma espécie de concorrência entre a aspiração do Direito à paz perpétua, que seria o seu fim último, com a sua submissão à ideia de justiça, porque a paz perpétua, imaginada por Kant, estaria mais relacionada à ideia de paz negativa, que à busca de um ideal de justiça social, que poderia anunciar a construção de uma paz positiva mais durável.<sup>584</sup>

Dessa forma, os dispositivos jurídicos decorrentes estariam inadaptados aos direitos humanos e aos valores não-mercado, o que confronta as sociedades a um verdadeiro

---

<sup>580</sup> Ibid. p.7.

<sup>581</sup> Ibid. p.7.

<sup>582</sup> TIMSIT, Gérard. *Thèmes et Systèmes de Droit*. Paris: PUF, 1986. *Apud* DELMAS-MARTY, Mireille. **Globalisation Économique et Universalisme des Droits de L'Homme. 7e. Conférence Albert-Mayrand**. Montréal: Éditions Thémis, 2004.p.7.

<sup>583</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Globalisation Économique et Universalisme des Droits de L'Homme. 7e. Conférence Albert-Mayrand**. op. cit. p.8.

<sup>584</sup> Ibid.p.9.

paradoxo: a defesa das liberdades econômicas estaria confiada às instâncias regionais e mundiais, situando-se essa produção normativa no alto da hierarquia das normas, deixando a proteção dos valores não-mercado na esfera dos Estados nacionais, invertendo-se a hierarquia de valores.<sup>585</sup> Dessa forma, os direitos humanos, os direitos sociais, do meio-ambiente, a saúde pública, que seriam dependentes de medidas nacionais, estariam permanentemente em dúvida, podendo ser considerados "protecionismos" e declarados incompatíveis com a ordem regional ou mundial.<sup>586</sup>

Se a hipótese de Delmas-Marty é vista com desconfiança, recorde-se que o Caso MOX demonstrou que uma tentativa de um Estado europeu de obter um provimento jurisdicional, no sentido da defesa do meio-ambiente marinho do Mar da Irlanda (valores não-mercado), perante órgãos judiciariformes especializados, inclusive, na esfera das Nações Unidas, foi enfrentada por argumentos baseados em valores de mercado (por exemplo, confidencialidade comercial) e, mesmo o tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS) reconheceu a precedência de uma corte regional, para decidir sobre as questões de Direito Comunitário, com base em artigo de convenção regional, que disciplinava regra de jurisdição exclusiva - que, a rigor, seria oponível apenas no contexto regional, não a organizações internacionais -, tendo todo o processado no Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS) e no tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS se perdido, com a suspensão do feito e posterior desistência "espontânea" da Irlanda.

Assim, o que defende Delmas-Marty é que seja respeitada a pluralidade jurídica, mas, sem que se mantenha a atual anarquia, que seria causada pela globalização econômica - como se vê, com consequências nefastas para a própria legitimidade do Direito, diante da completa inversão de valores - e sem que se recaia em um *hegemon* jurídico.

Note-se que, apesar de, em algum modo, essa anarquia sirva aos valores de mercado, Delmas-Marty não chega a dizer que haveria uma intencionalidade nesse processo. No entanto, alguma intencionalidade é cogitada por parte da doutrina.

#### 2.4.4 A Fragmentação do Direito Internacional como Resultado de uma Intencionalidade

---

<sup>585</sup>Ibid.p.10.

<sup>586</sup>Ibid.p.11.

A última das posições paradigmáticas destacadas, na revisão da literatura especializada, é a da fragmentação do Direito Internacional, como sendo resultante de uma dada intencionalidade, em algum grau.

Os partidários desse ponto de vista entendem que o fenômeno da fragmentação é algo real e bastante sério, em suas consequências. De igual modo, salientam estar a fragmentação correlacionada com outro fenômeno, bastante representativo da contemporaneidade, a globalização. Por fim, defendem que há algum grau de intencionalidade na fragmentação do Direito Internacional, não sendo ela um mero subproduto da globalização.<sup>587</sup>

Com efeito, destacam os doutrinadores em questão que, em seguida ao fim da Guerra Fria, houve uma crescente proliferação de instituições regulatórias internacionais, com jurisdições superpostas e fronteiras ambíguas. Embora alguns juristas houvessem manifestado a sua preocupação com os efeitos dessa fragmentação, a maior parte dos doutrinadores internacionalistas tendeu a desconsiderar tais preocupações. Afirmam Benvenisti e Downs que muitos doutrinadores encaram a competição resultante entre várias instituições como manifestação de pluralismo, ao estilo do mercado, que teria produzido mais progresso, através da integração e da democratização, do que jamais teria sido obtido, através dos meios mais formais.<sup>588</sup>

Para os doutrinadores dessa corrente, no entanto, a fragmentação é um problema e um problema mais sério do que, normalmente, é percebido, por ser mais resistente a reformas, pelos vários mecanismos descentralizados que operam no Direito Interacional, como as redes governamentais. Essa resistência decorreria do fato da fragmentação ser, apenas em parte, um subproduto acidental da globalização, uma vez que, também representa um esforço em curso, da parte dos Estados poderosos, para preservar a sua dominância, em uma era, na qual, a hierarquia é frequentemente vista como ilegítima, bem como, para reduzir os controles sobre si, tanto domesticamente, quanto internacionalmente.<sup>589</sup>

A fragmentação permitiria esse desiderato de três formas: pela criação de instituições segundo “estretas linhas funcionalistas” e restringindo o alcance dos acordos multilaterais, limitando as oportunidades dos atores mais fracos teriam de construir coalizões por acordos cruzados, que seriam necessárias para aumentar o seu poder de barganha e influência; pelo fato das fronteiras ambíguas e autoridades superpostas aumentarem os custos transacionais, nos quais, os corpos jurídicos internacionais precisam incorrer, na tentativa de reintegrar ou

---

<sup>587</sup> BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. **The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law**. op. cit. p.1.

<sup>588</sup> Ibid. p.1.

<sup>589</sup> Ibid. p.1.

racionalizar a ordem jurídica resultante; por último, sugerindo a ausência de um planejamento e obscurecendo o papel da intencionalidade, a fragmentação libera os Estados poderosos de ter de assumir qualquer responsabilidade pela ineficácia de um sistema jurídico global, no qual, eles próprios desempenharam um papel preponderante, na sua criação. Como consequência, tem-se uma ordem regulatória que reflete os interesses dos Estados mais poderosos e somente por eles pode ser alterada.<sup>590</sup>

Ao analisar os efeitos da fragmentação, os doutrinadores observam um paradoxo, porque notam que poucos internacionalistas veem a fragmentação como um sério problema, apesar da centralidade teórica da integração institucional na autonarrativa do Direito Internacional e no seu papel histórico, relacionado com a União Europeia.<sup>591</sup> Os teóricos da tradição institucionalista neoliberal argumentam que a fragmentação não seria propriamente um problema, mas parte de uma solução gradual e evolutiva, para as demandas impostas ao sistema internacional pela globalização.<sup>592</sup> O que se afirma é que existe virtude na eficiência e descentralização de processos, em detrimento de processos mais formais e centralizados.<sup>593</sup>

Também no seio dos institucionalistas, há quem afirme que a fragmentação denotaria certo grau de isolamento e de falta de coordenação, que não se aplicariam a um mundo contemporâneo crescentemente ocupado por redes.<sup>594</sup> Assim, por exemplo, há quem afirma que minorar o risco da fragmentação implicaria o aumento do diálogo interjudicial em três níveis distintos: entre cortes supranacionais, quando cortes nacionais citam cortes supranacionais e quando as cortes nacionais estão em conversação direta com outras.<sup>595</sup>

Afirmam Benvenisti e Downs que os construtivistas ou pós-modernistas veriam a fragmentação de maneira ainda mais positiva, por representar uma alternativa à integração de cima-para-baixo e formal, advogada pelos doutrinadores da corrente majoritária, que teriam sido aprisionados pela estrutura ideológica do direito interno, criando um conceito de integração que privilegia a hierarquia e estabilidade, em detrimento de competição pluralista e adaptação.<sup>596</sup>

---

<sup>590</sup> Ibid. p.1.

<sup>591</sup> Ibid. p.7.

<sup>592</sup> Ibid. p.7.

<sup>593</sup> Ibid. p.8.

<sup>594</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. A New World Order. RAUSTIALA, Kal (Org.) **The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law**. Charlottesville: Virginia Journal of International Law, n. 43, 2002.p.1.

<sup>595</sup> BURKE-WHITE, William W. op. cit. p. 963/967.

<sup>596</sup> KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Paivi. **Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties**. op. cit.p. 553.

Dizem Benvenisti e Downs que tais defesas da fragmentação demonstrariam uma tendência de acolher premissas, que estariam disseminadas entre internacionalistas, mas que eles acreditam ser suspeitas. A primeira dessas premissas é a de que a taxa de criação de normas e instituições internacionais seria um indicador confiável de força e importância do Direito Internacional. Também se acreditaria que os problemas associados com a fragmentação representariam apenas custos transitórios de ajustamento. Porém, afirmam os doutrinadores utilizados como paradigma da quarta corrente, que a proliferação de normas e instituições, tanto no nível doméstico, quanto no nível internacional, demonstrariam a incapacidade e a ineficácia das normas e instituições já existentes.<sup>597</sup>

Outra premissa bastante disseminada é aquela, segundo a qual a fragmentação representaria um avanço, em relação à hierarquia, porque a multiplicidade que ela incorporaria seria inerentemente plural, o que sinalizaria a emergência de uma ordem jurídica internacional mais democrática. Muito embora, seja claro ser o ambiente atual menos hierárquico, que o existente à época da Guerra Fria, isso não significa, no entender de Benvenisti e Downs, que a ordem resultante seja mais pluralista, do ponto de vista da variedade ou do número de interesses, que ela representa.<sup>598</sup> Para defender esse ponto de vista, alegam que, no plano interno, ninguém diria que o número de normas domésticas que um Estado possui seria um indicador confiável do número ou variedade de interesses que influenciaram na sua criação. Pelo contrário, as autocracias costumam ter um estreito leque de interesses e um sistema jurídico elaborado e regulações incontáveis.<sup>599</sup>

Pelo mesmo motivo, na esfera internacional, não haveria razão para acreditar que o número muito grande de tratados e convenções ou de instituições internacionais seria um indicador confiável da existência de pluralismo no nível internacional, em especial, com relação ao número de Estados, cujas visões são representadas. Nem que elas sejam representativas da diversidade que existe no sistema internacional. Pelos mesmos motivos, a premissa de que a grande fragmentação seria caracterizada pelo maior nível de conectividade, o que levaria a uma maior democratização, também seria tênue.<sup>600</sup>

Se, por um lado, o crescimento e o papel frequentemente positivo das redes transnacionais podem ser reconhecidos, por outro, ainda se pode ter preocupações com o direito de participação dos atores tradicionalmente marginalizados, em influenciar significativamente as decisões políticas. Enquanto o processo descentralizado de coordenação

---

<sup>597</sup> BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. op. cit. p.10/11.

<sup>598</sup> Ibid. p.11.

<sup>599</sup> Ibid. p.11/12.

<sup>600</sup> Ibid. p.12.

que emerge organicamente da estrutura institucional fragmentada leva a melhoras na qualidade da formulação das políticas, por outro lado, tais processos dificultam a formação de coalizões com base em acordos cruzados, que é necessária para os atores mais fracos para barganhar com os atores mais poderosos, de forma mais igualitária.<sup>601</sup>

Por último, também existe a premissa, que transpareceria do trabalho de Koskenniemi e Leino, de que a fragmentação seria um efeito colateral inesperado da evolução natural do sistema internacional ou um resultado da criatividade judicial, em face da mudança.<sup>602</sup>

Porém, observam Benvenisti e Downs, nenhum aspecto importante do Direito Internacional pode emergir, sem que tenha sido moldado, pelos interesses estratégicos dos Estados poderosos. Da mesma forma que as suas preocupações estratégicas exerceram um papel importante na determinação e corporificação da natureza hierárquica, que ainda persiste no interior de muitas instituições internacionais, elas também exercem um papel importante no crescimento da fragmentação, pelos mesmos motivos.<sup>603</sup>

Os doutrinadores identificam quatro estratégias na fragmentação do Direito Internacional. A primeira é criar um grande número de acordos internacionais, com temática propositalmente estreita, ao invés de um pequeno número de acordos de temática mais ampla, cada qual, dominando uma área funcional de regulação. Os Estados poderosos desenharam essa estratégia porque eles sabem que os Estados mais fracos não são apenas mais numerosos que eles, mas, que são bem mais diversificados em termos de tamanho, riqueza e nível de desenvolvimento. Por isso, é mais difícil para os Estados mais fracos concordar sobre um assunto em particular. Isso dificulta a coalizão de Estados mais fracos, que possa compensar as assimetrias de poder, existentes na ordem internacional. Essa quantidade de acordos internacionais, de temática estreita, são também mais custosos, o que penaliza, principalmente, os Estados mais fracos. Isso é bastante evidente na esfera ambiental internacional, porque há dúzias de acordos, lidando com assuntos específicos.<sup>604</sup>

Os doutrinadores também chamam a atenção para o bilateralismo serial, em detrimento dos grandes acordos multilaterais, porque, nestes últimos, as negociações podem sair do controle dos Estados mais poderosos. Esse expediente é bastante utilizado em áreas-chave para os Estados mais poderosos, como é o caso da proteção à propriedade intelectual, apenas para exemplificar.<sup>605</sup>

---

<sup>601</sup> Ibid. p.12.

<sup>602</sup> Ibid. p.12.

<sup>603</sup> Ibid.p.12/13.

<sup>604</sup> Ibid. p.19/20.

<sup>605</sup> Ibid. p.20.

Uma segunda estratégia, utilizada pelos Estados mais poderosos, para limitar a coordenação política entre Estados mais fracos, é criar acordos internacionais detalhados, em encontros multilaterais únicos, com pouca perspectiva de que venham a ser renegociados ou significativamente emendados, no futuro próximo. Esse ambiente é igualmente desfavorável para a coordenação política dos Estados mais fracos, porque eles passam a dispor de um período de tempo menor, para descobrir campos comuns entre eles.<sup>606</sup>

A terceira estratégia é evitar, sempre que possível, a criação de uma burocracia ou um corpo judiciariforme, com significativa e autônoma autoridade para criar normas, ou ainda, cuidadosamente circunscrever a sua autoridade, quando a sua criação é inevitável. Um exemplo claro dessa estratégia está nos painéis da Organização Mundial do Comércio, que não se revestem da característica de cortes internacionais, os quais emitem “relatórios”, que são “adotados” pelos Estados-partes.<sup>607</sup>

Por fim, se nenhuma dessas quatro estratégias funcionar, os Estados mais poderosos abandonam essas instituições ou promovem uma competidora. Atualmente, o ato de abandono do acordo é mais raramente visto e raramente toma a forma de uma ab-rogação formal. Normalmente, se manifesta pelo uso de estratégias menos agressivas, como a demora no cumprimento de decisões, descumprimento parcial, objeções sobre a adequação do ato e mudança de regime. Essas formas lhes permitem escapar das consequências de uma determinação em particular, sem que, seriamente, minem o acordo internacional, de modo que, na maior parte, continuam a beneficiar-se dele de forma desproporcional.<sup>608</sup>

Um exemplo da mudança de regime deu-se com a negociação da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar (UNCLOS), em cujo contexto, deu-se o Caso MOX, estudado às escâncaras, anteriormente, nesta tese. Após nove anos de negociação, um acordo ambicioso foi redigido, o qual incluía elaboradas disposições redistributivas, destinadas a beneficiar o desenvolvimento de Estados em desenvolvimento, inclusive os Estados interiores. Porém, como salientam os doutrinadores, o Governo Reagan expressou a sua insatisfação com tais disposições e decidiu deixar as rodadas técnicas finais de negociação. Muito embora fosse tarde demais para obstaculizar toda a convenção, já em 1982, os Estados Unidos criaram um regime paralelo, no que toca ao regime de mineração/prospecção do leito marinho, através da promoção de legislações domésticas comparadas, em um grupo de Estados que “pensavam” da mesma forma, como era o caso do Reino Unido, da Alemanha

---

<sup>606</sup> Ibid.p.22.

<sup>607</sup> Ibid. p.24.

<sup>608</sup> Ibid. p.25.

Ocidental, da França, do Japão, da Itália e da União Soviética. O conflito resultante levou a negociações, que culminaram com a realização de um Acordo de Implementação, assinado em 1994, mais ligado aos interesses dos Estados mais desenvolvidos.<sup>609</sup>

#### 2.4.5 A Fragmentação do Direito Internacional como Gerencialismo

Outra posição doutrinária do Caso MOX leva à discussão sobre o fatiamento do Direito Internacional em regimes especializados, funcionais ou regionais, que atende pelo nome de “fragmentação” do Direito Internacional.

Para tanto, afirmou Koskenniemi não estar centrado em criticar o egoísmo ou a hipocrisia europeia, mas referir-se ao Caso MOX, para mostrar o que estaria acontecendo, nos dias de hoje, com o Direito Internacional Público.

Mas, o seu enfoque está na crítica ao gerencialismo, porque esse fatiamento em regimes diferenciados - que atendem determinado público, com interesses especiais e uma ética própria - faria emergir essa abordagem, que veria o Direito além do Estado como um instrumento para valores particulares, interesses, preferências. Esse quadro existiria para que o universalismo, que deveria animar o Direito Internacional, fosse abandonado, provendo as condições, nas quais, tais atores internacionais pudessem perseguir os seus objetivos, sem que fosse necessário subscrevê-los.<sup>610</sup>

Disse Koskenniemi que, frequentemente, se ouvia que o Direito Internacional seria incapaz de responder aos desafios da globalização, o que presumiria que o Direito Internacional seria uma técnica para gerenciamento de problemas. Visto dessa forma, as suas estruturas pareceriam fracas e disfuncionais. Afirmou que a marginalização do Direito Internacional pela Corte Europeia de Justiça, no julgamento do Caso MOX seria, meramente, um exemplo, de um regime internacional especial e de uma ética especial. O projeto europeu gozaria de precedência sobre o projeto internacional. O mesmo ocorreria com o projeto do comércio internacional.<sup>611</sup>

Raciocinou Koskenniemi que a existência de regimes especiais seria um lugar comum na prática internacional, porque, já dez anos antes do seu texto, a Corte Internacional de Justiça teria julgado o Caso da Legalidade das Armas Nucleares (1996), estruturando a sua opinião, examinando, sucessivamente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Ambiental, o Direito Internacional Humanitário e o direito de uso da

---

<sup>609</sup> Ibid. p.26.

<sup>610</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education**. op. cit.p.2.

<sup>611</sup> Ibid. p.3.



força. Mais recentemente, no Caso do Muro Palestino (2004), teria sido debatida a relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário<sup>612</sup>.

Lembrou que as regras, dentro de cada “caixa” seriam diferentes: uma proibiria a matança, enquanto a outra a permitiria e a regularia. Qual delas deveria ter precedência? A importância de escolher a “caixa” certa teria sido salientada pelo tribunal arbitral UNCLOS, no Caso MOX, onde três diferentes regimes de tratados seriam aplicáveis. Assim, segundo o ponto de vista do tribunal arbitral UNCLOS, a aplicação das mesmíssimas regras, por instituições diferentes, poderia ser diferente, em razão de “diferenças nos respectivos contextos, objetos e propósitos, práticas subsequentes das partes e trabalhos preparatórios”.<sup>613</sup>

Logo, isso não ocorreria, porque as “caixas” possuiriam regras diferentes, mas, porque, mesmo que tivessem as mesmas, seriam aplicadas diferentemente, já que, cada “caixa” teria um objetivo diferente e uma ética diferente, um viés estrutural diverso. Assim, examinar armas nucleares sob uma perspectiva dos direitos humanos é diferente de fazê-lo sob a ótica do Direito da Guerra. Um ponto de vista de livre comércio sobre transporte de material químico não traria o mesmo resultado de um ponto de vista ambiental, ainda que com as mesmas regras.<sup>614</sup>

Dessa forma, os objetivos e a ética do regime autônomo não seriam meros elementos acidentais deles. O que seria significativo sobre projetos como comércio, direitos humanos ou Europa, seria precisamente o conjunto de valores ou propósitos, que nos ligariam a eles. Não se trataria de mera operação técnica de normas, mas participar de uma cultura, compartilhar preferências e inclinações com colegas e instituições, que se identifiquem com aquela “caixa”.<sup>615</sup>

Mas, isso não seria significativo, caso as “caixas” tivessem fronteiras claras e fosse possível resolver algumas encruzilhadas jurisdicionais, através de algum conjunto superior de normas. Teria sido assim que o Direito Internacional se via, no final do século XIX, quando as “caixas” seriam os sistemas jurídicos dos Estados soberanos. Porém, esse conjunto de normas superiores, simplesmente, não existe. Além disso, essas “caixas” cresceriam espontaneamente, através da especialização funcional, que possuiria diferentes esferas para a vida internacional, tornando-as, cada vez mais, autônomas, em relação às demais. Afirmou Koskenniemi que, muito da moderna Sociologia trataria disso, concordando que se trataria de

---

<sup>612</sup> Ibid. p.3.

<sup>613</sup> Ibid. p.3.

<sup>614</sup> Ibid. p.3.

<sup>615</sup> Ibid. p.3.

um processo natural e inevitável.<sup>616</sup> Sobre a questão da diferenciação funcional, que é o “*leitmotiv*”, que une o Relatório Koskenniemi com a Teoria dos Sistemas, já se falou na introdução ao capítulo.

Concluiu Koskenniemi que, se de fato é assim, seria inevitável somente porque haveria a predominância de interesses poderosos, quando não existe o Direito. Pelo contrário, não haveria nada de natural ou de inevitável em tais “caixas”. Elas emergiriam de uma construção, de uma narração, da colocação de rótulos informais sobre aspectos do mundo que as descreveriam, da perspectiva de interesses ou objetivos particulares.<sup>617</sup>

As caracterizações não decorreriam das naturezas das respectivas atividades, mas dos interesses, a partir dos quais, são descritas. Uma atividade não cairia em uma determinada “caixa”, pelo que ela seria, intrinsecamente, mas, da perspectiva, a partir da qual, se quer descrevê-la. Um homem com um martelo veria cada problema como um prego.<sup>618</sup>

Por isso, no Caso MOX, a Corte Europeia de Justiça veria a operação da instalação nuclear britânica como um problema de Direito Comunitário, não de Direito do Mar ou de poluição do ambiente marinho do Nordeste do Atlântico. Mas, seria evidente que a Corte Europeia de Justiça ficaria feliz em lidar com matérias relacionadas à poluição nos mares, porque, em o fazendo, poderia certificar-se de que a questão seria tratada a partir da perspectiva de seus próprios interesses e preferências. Dessa mesma forma, todo o sistema, todo o regime autônomo, seria capaz de estender-se ao mundo inteiro, cobrindo tudo a partir de sua própria perspectiva.<sup>619</sup>

Agora, obtemperou Koskenniemi, os vários regimes autônomos ou “caixas” tenderiam a agir assim e isso seria uma forma de “gerencialismo”. Cada regime autônomo se veria como se fosse uma associação de fins e cada instituição assumiria ter jurisdição larga o suficiente para realizá-los. Observou, porém, o doutrinador que nada de irregular haveria nisso, se esse processo fosse controlado por algo como uma sociedade política internacional, determinando a jurisdição de cada regime. Essa teria sido a utopia da jurisprudência sociológica do período entreguerras, que teria visto a Liga das Nações e outras organizações internacionais, como partes de um processo de diferenciação funcional, que levaria até uma sociedade global, que regularia os seus próprios assuntos. Esse seria o cosmopolitismo radical, que teria sido emprestado da visão de Kant e Constant, no sentido de que o comércio e a interdependência

---

<sup>616</sup> Ibid. p.3.

<sup>617</sup> Ibid. p.3.

<sup>618</sup> Ibid. p.4.

<sup>619</sup> Ibid. p.4.

levariam a uma federação global, na qual, os assuntos da humanidade seriam conduzidos sob uma república universal.<sup>620</sup>

Mas, observou Koskenniemi, não há um poder legislativo global, não há um governo mundial, no qual, a Organização Mundial do Comércio pudesse ser vista como um Ministério Global do Comércio, por exemplo. A diferenciação não teria lugar sob nenhuma sociedade política única. Pelo contrário, funcionaria através da luta, na qual, cada fim seria hegemônico.<sup>621</sup>

O texto de Koskenniemi, portanto, mostra-se útil para orientar várias partes do trabalho, não apenas à descrição das posições doutrinárias sobre a fragmentação - especialmente, no que toca aos interesses em sua existência-, mas também, sobre o fracasso do projeto constitucionalista; sobre outros casos onde o mesmo tipo de dilema jurídico surgiu, como o Caso Tadic, nele citado; dentre outros aspectos da tese.

Mas, o mais importante é que o artigo em tela demonstra que o Caso MOX não se tratou de algo isolado, em seu desenlace, mas de uma situação que não tardaria em ocorrer, em uma novíssima estrutura do Direito Internacional, na qual, o Direito Internacional geral vai perdendo força, como consequência do esmaecimento do Estado nacional e da soberania - o que não deixa de ser irônico -, com a superação da escala econômica nacional e a intensificação das trocas comerciais, dos movimentos de capital, pessoas e tecnologia, ao longo do planeta.

A grande virtude do referido artigo foi a de, a partir de um caso em particular, bastante ruidoso, por conta do risco de decisões conflitantes e de conflito institucional entre as instâncias internacional e europeia, chegar-se a uma generalização. É algo muito similar ao que pretende fazer a presente tese.

Acima de tudo, uma grande virtude da análise feita por Koskenniemi foi a superação daquela análise puramente “técnica”, que justificaria as decisões tomadas pelo tribunal arbitral UNCLOS e pela Corte Europeia de Justiça, sem um maior aprofundamento, como se a decisão do tribunal arbitral UNCLOS, de entender não poder prosseguir na arbitragem, porque caberia à Corte Europeia de Justiça decidir a querela, fosse algo normal. É algo natural que um tribunal arbitral, formado no âmbito da Convenção de Montego Bay, que faz parte do sistema normativo internacional, para decidir uma questão que envolvia dois de seus Estados-parte, a respeito de assunto tratado na convenção, se recuse a decidir a questão, por falta de jurisdição, apenas porque a Comunidade Europeia também é parte na mesma convenção?

---

<sup>620</sup> Ibid. p.5.

<sup>621</sup> Ibid. p.5.

Se a Irlanda não poderia ter ocorrido a uma arbitragem, no plano internacional, isso até poderia ter sido decidido pela corte europeia, nada impedindo que fosse estabelecida alguma punição à Irlanda, por haver, supostamente, desrespeitado a norma comunitária. Mas, mesmo que isso fosse real, jamais poderia servir de motivo para que uma corte internacional deixasse de exercer o seu mister, sendo certo que o próprio Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS) já havia firmado a sua jurisdição, para processar e julgar o caso, quanto às medidas provisionais. O recuo do tribunal arbitral significou, portanto, um desmerecimento ao tribunal internacional ITLOS e à sua decisão, porque aquela teria de ser premissa lógica do julgamento no tribunal arbitral UNCLOS, como sustentou a Irlanda.

Ora, as posições doutrinárias paradigmáticas que foram pinçadas, pela sua representatividade, em um universo bem mais amplo de opiniões sobre o fenômeno da fragmentação, dão uma ideia da complexidade do tema. Elas também permitem raciocinar sobre o Caso MOX.

Em primeiro lugar, o fato do tribunal arbitral UNCLOS ter suspenso os procedimentos, para que a Corte Europeia de Justiça decidisse sobre as questões de Direito Comunitário, poderia ser interpretado como uma atitude positiva, no sentido da manutenção da unidade da ordem jurídica internacional, podendo ainda ser considerado como uma espécie de “diálogo” interjudicial. Diálogo interjudicial, por sua vez, que não fez parte da mentalidade do tribunal internacional ITLOS, o qual, inclusive, firmou a sua jurisdição para decidir questões que extravasavam para outros regimes especializados.

Mas, em que medida, o recuo do tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS, em relação à jurisdição anteriormente firmada por tribunal do mesmo regime especializado, em favor do regime autônomo europeu não representou uma vitória, nesse ambiente competitivo, atualmente existente na ordem jurídica internacional fragmentada, de um regime regional sobre um regime que se pretende universal, apesar de especializado por assunto? Essa vitória faz lembrar, em muito, o que dizem Benvenisti e Downs, na medida em que uma organização internacional, que mais se assemelha a um Estado federal, esvazia um regime jurídico universal, mas especializado por tema, questionando a competência suplementar do seu órgão judiciariforme, em um tema sensível aos Estados poderosos, como a questão das usinas nucleares e suas implicações ambientais, para trazer para um foro mais controlável a demanda irlandesa. É bastante vantajoso poder escolher o foro, que se considera menos danoso para os seus interesses, sendo essa uma vantagem oferecida pela atual organização da ordem jurídica internacional. Mas, é privilégio de poucos.

Como é possível dizer que – partindo, provisoriamente, do princípio que o Direito Internacional realmente exista como um ramo autônomo e que constitua um sistema jurídico -, não seja um problema o fato de vários órgãos judiciariformes, de diferentes regimes especializados, debruçarem-se sobre um mesmo tema, podendo produzir decisões divergentes?

Deixando em suspenso a questão da natureza da ordem jurídica internacional, para voltar a ela, no momento oportuno, parece relevante para a higidez do suposto sistema jurídico – que para os mesmos “*inputs*” deveria emitir “*outputs*” idênticos ou, ao menos, não contraditórios -, verificar se situações semelhantes já ocorreram, além do Caso MOX, bem como, se há soluções para o que, até o momento, para os fins da tese, é encarado como um problema.

Assim, em primeiro lugar, são estudados casos, submetidos a cortes internacionais, de diferentes regimes, que também estão no bojo das mesmas perplexidades trazidas pelo Caso MOX, o que é um sinal bastante eloquente de falha sistêmica – se sistema existe ou existiu.

Posteriormente, se tenta imaginar soluções para esse suposto problema – problema para quem?

## 2.5 Casos Relacionados

### 2.5.1 O Caso Tadic

Dentre muitos os casos mais famosos de “conflito de jurisdição” internacional, uma dos mais mencionados pela doutrina está o Caso Tadic, que se relaciona a um julgamento anterior da Corte Internacional de Justiça, no Caso Nicaragua, de 1976. O Caso Tadic foi decidido pelo Tribunal Criminal Internacional para a Ex-Iugoslávia, por sua Câmara de Apelação, em 1999.<sup>622</sup>

No Caso Tadic, teria de ser determinado se o conflito armado na Bósnia-Herzegovina, entre os sérvios-bósnios da alcunhada “*Republika Srpska*” e as autoridades centrais da Bósnia-Herzegovina, poderia ser classificado como um conflito internacional, a partir da data em que o exército iugoslavo deixou aquela região, hoje um país independente. O que se discutia era se as forças armadas dos sérvios bósnios deveriam ser vistos como forças armadas da República Federal da Iugoslávia ou da Bósnia-Herzegovina.<sup>623</sup>

Se fossem vistos como parte da República Federal da Iugoslávia, o conflito seria internacional, de acordo com o artigo quarto da Convenção de Genebra, para o Tratamento de

---

<sup>622</sup> OELLERS-FRAHM, Karin. **Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions**. Alphen aan der Rijn: Kluwer, Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 5, 2001.p.78.

<sup>623</sup> Ibid. p.78/79.

Prisioneiros de Guerra, de 1949.<sup>624</sup> De acordo com a câmara de apelação do referido tribunal, o requisito do artigo 4º, referente ao pertencimento de forças armadas a uma das partes em conflito, implicitamente, se refere a um teste de controle. Assim, no contexto do exame do grau de controle, que define se as forças armadas pertencem para uma ou outra parte, o órgão julgador utilizou-se à noção de “controle”, como definido pela Corte Internacional de Justiça, no Caso Nicarágua.<sup>625</sup>

A Corte Internacional de Justiça, naquele caso específico, entendeu que o controle exercido por um Estado sobre forças armadas, atuando em outro Estado – referindo-se aos Contras, lutando na Nicarágua – teria de ser efetivo, ou seja, um efetivo controle das operações militares e paramilitares, no curso das quais, as alegadas violações teriam sido cometidas.<sup>626</sup>

Observa Oellers-Frahm que a Câmara de Apelação do Tribunal Criminal para a Ex-Iugoslávia não apenas se utilizou desses entendimentos da Corte Internacional de Justiça - o que entende ser legítimo, desde que, o faça motivadamente -, como teria entrado em uma discussão bastante abrangente, inclusive, revendo os entendimentos da Corte Internacional de Justiça, indo longe a ponto de criticar aquela decisão como “nem sempre seguindo uma linha reta de argumentação” e “à primeira vista, um tanto quanto obscura”.<sup>627</sup>

Afirmou Oellers-Frahm que o órgão jurisdicional em tela teria ultrapassado os limites de sua função, que seria a de segundo grau de jurisdição para as Câmaras de Triagem do Tribunal Criminal para a ex-Iugoslávia, não de julgamentos da Corte Internacional de Justiça ou de outras cortes.<sup>628</sup>

Porém, apesar do observado, esclarece que, no Caso Tadic, o tempo decorrido entre as duas decisões era de mais de dez anos, tempo em que a questão dos conflitos armados desempenhou um papel importante, influenciando a prática dos Estados e a própria prática jurisdicional. Não seria improvável, no seu entender, que mudanças houvessem ocorrido no manejo do controle exigido, para a atribuição de atos de forças armadas, por um certo Estado, de modo que, os padrões utilizados, pela Corte Internacional de Justiça, no Caso Nicarágua, poderiam não ser mais aplicáveis. Por isso, a opinião de Oellers-Frahm caminha no sentido de

---

<sup>624</sup> Ibid. p.79.

<sup>625</sup> Ibid. p.79.

<sup>626</sup> Ibid. p.79.

<sup>627</sup> Ibid. p.79.

<sup>628</sup> Ibid. p.79.

compreender o Caso Tadic, não como em conflito com o Caso Nicarágua, mas, claramente, uma hipótese de desenvolvimento da prática e do Direito Internacional.<sup>629</sup>

Esse ponto de vista não é o único. Ao comentar o Caso Tadic, Cohen-Jonathan<sup>630</sup> deixa claro que a hipótese foi, claramente, de escolha de um critério diverso daquele adotado pela Corte Internacional de Justiça, sobre o que seria o controle de forças armadas. Com efeito, ao falar das jurisdições penais internacionais, fazendo menção expressa ao Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia e ao Tribunal Penal para Ruanda, afirmou que tais órgãos judicioriformes utilizam largamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que não lhes impede de escolher autonomamente, em função de suas peculiaridades, os princípios normativos mais apropriados. Disse, ainda, que tal liberdade existe, mesmo em relação aos entendimentos da Corte Internacional de Justiça, sendo citado o Caso Tadic, como bastante ilustrativo dessa liberdade.<sup>631</sup>

Disse Cohen-Jonathan que o tribunal em questão descartou o critério do controle efetivo, utilizado pela Corte Internacional de Justiça, no Caso Nicarágua, sendo critério o utilizado para distinguir conflitos internos e externos. Segundo esse critério se pode definir se um grupo armado militar ou paramilitar está atuando por conta de um Estado estrangeiro. Afirmou Cohen-Jonathan que o tribunal analisou bem a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, mas, teria preferido adotar outro critério, o de controle global ou geral, por parte de um Estado estrangeiro.

A divergência de entendimento, referida por Cohen-Jonathan, teria sido duramente criticada pelo Presidente da Corte Internacional de Justiça, em 2000, fala que teria originado o Relatório Koskeniemi e o grupo de estudo da Comissão de Direito Internacional, ao qual se relacionou, bem como, um incremento na discussão sobre a quebra da unidade do Direito Internacional.

Deveras, Cohen-Jonathan chega a dizer que a prática das jurisdições penais internacionais, como um todo, seria caracterizada por um uso bastante disseminado da jurisprudência europeia, o que evitaria um choque entre as escolas romanística e do “*common law*”, preferindo o juiz penal internacional recorrer aos seus próprios precedentes, os quais, por sua vez, podem ter sido forjados a partir do direito que deriva da Convenção Europeia.<sup>632</sup>

---

<sup>629</sup> Ibid. p.80.

<sup>630</sup> COHEN-JONATHAN, Gérard. Rapport Introductif Général. COHEN-JONATHAN, Gérard; FLAUSS, Jean-François. **Droit International, Droits de L'Homme et Jurisdictions Internationales**. Bruxelas: Bruylant, 2004.p.38/39.

<sup>631</sup> Ibid. p.38.

<sup>632</sup> Ibid. p. 39.

Sem embargo, muito embora seja bastante complicado adotar-se o conceito de precedente, como é utilizado, por exemplo, no sistema de “*stare decises*”, o fato é que, apesar do tempo decorrido entre o Caso Nicarágua e o Caso Tadic, a volatilidade do entendimento das cortes internacionais sobre o controle, que deva existir, para caracterizar a ação de Estado estrangeiro e sua eventual responsabilização – ou de seus prepostos -, seja ele controle efetivo – como quer a Corte Internacional de Justiça -, seja controle global – como entendeu o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia -, cria uma insegurança jurídica no seio da comunidade internacional. Insegurança que não se justifica por especialidade, uma vez que, a responsabilização criminal internacional não deveria ter requisitos mais frouxos que a patrimonial, a responsabilidade internacional dos Estados, de natureza mista, mas predominantemente civil.

Também não há elementos que possam comprovar a suspeita de Oellers-Frahm de que a passagem do tempo, com a subsequente mudança da prática ou da jurisprudência internacionais, explicasse o entendimento substancialmente diverso, dado pelo Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia.

Assim, muito embora, não se trate da mesma base fática, como se dá no Caso MOX – e nisso, dele se diferenciando -, há um conflito institucional de jurisdição, também no Caso Tadic, o que justifica o sinal de alarme dado pelo Presidente da Corte Internacional de Justiça, ainda que, se deva dar uma atenção especial às razões políticas que o motivaram, igualmente.

No Caso Tadic, ao contrário do que ocorreu no Caso MOX, houve, efetivamente, a produção de decisões contraditórias, opostas, ainda que, não tenham tido como base a mesma situação fática. O que é mais grave, do ponto de vista da quebra do suposto sistema jurídico internacional?

### 2.5.2 O Caso Nada

Outro caso interessante para a análise, trazida pela tese, foi o chamado “Caso Nada”, cujo nome se refere ao cidadão egípcio-italiano Youssef Moustafa Nada, que residia em um enclave italiano, no Cantão de Ticino, Suíça.<sup>633</sup>No referido caso, o governo suíço adotou determinadas medidas contra supostos associados da Al-Qaida e de Osama Bin Laden, com base em uma lista do Comitê de Sanções contra a Al-Qaida, do Conselho de Segurança. Dentre tais medidas, ocorreu o congelamento de ativos, da mesma forma que em caso similar, de nome Kadi, bem como, restringiu-se a entrada e os deslocamentos dos nominados, em

---

<sup>633</sup> MIKO, Samantha A. **Norm Conflict, Fragmentation and the European Court of Human Rights**. Boston: Boston College Law Review, vol. 54, 2013. In <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss3/18>. Acesso em 06/03/2016. p.1350/1372.



território suíço. O nome de Nada constava da referida listagem. Ele requereu fosse o seu nome retirado dessa lista, o que foi negado, bem como, os apelos subsequentes. Nada alegou que ficou confinado no enclave italiano, inteiramente cercado por território suíço, sem poder tratar de sua saúde, visitar os seus parentes ou ir rezar em uma mesquita, uma vez que, não poderia cruzar o território suíço. O cidadão em questão também alegou que o fato de seu nome constar na listagem teria o efeito de publicizar uma relação dele com a rede terrorista, o que ele negava.<sup>634</sup>

Assim, ele acorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos, onde arguiu que teria sido privado do direito à liberdade e segurança, do direito à privacidade e vida familiar, honra e reputação, bem como, o direito a um remédio efetivo. A Grande Câmara, do referido tribunal europeu, segundo narra Miko, teria considerado a fragmentação do Direito Internacional, quando de sua decisão sobre o pleito. Concluiu a Corte Europeia de Direitos Humanos que haveria um aparente conflito entre as obrigações da Suíça, com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos, e as suas obrigações, com fulcro nas Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Como consequência, a corte entendeu que os compromissos divergentes deveriam ser harmonizados, tanto quanto possível.<sup>635</sup>

Diversamente do que havia decidido, anteriormente, no Caso Al-Jedda, pelo fato de haver entrado em vigor a Resolução 1390, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a corte considerou que havia uma disposição expressa, que determinava à Suíça, que infringisse a proteção concedida pelo artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Naqueloutro caso, pelo contrário, essa disposição expressa não existiria.<sup>636</sup>

Haveria, na resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, uma redação clara e explícita, que imporia uma obrigação de tomar medidas ensejadoras de violações de direitos humanos.<sup>637</sup>

No entanto, conforme assinalou Miko, ao invés de dizer que a autoridade das ditas resoluções prevaleceria, na forma do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, ou que a Corte Europeia de Direitos Humanos pertenceria a outra ordem jurídica, na qual, o artigo 103 da mencionada Carta não se aplicaria, ela simplesmente teria evitado tais questões, pura e simplesmente. Mas, a final, decidiu que a Suíça poderia ter feito mais, para harmonizar as

---

<sup>634</sup> Ibid. p. 1373/1374.

<sup>635</sup> Ibid. p.1374.

<sup>636</sup> Ibid. p.1374.

<sup>637</sup> Ibid. p.1374.

normas internacionais conflitantes, minimizando as intrusões nos direitos humanos de Nada.<sup>638</sup>

Como assinala Miko, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu-se dispensada de determinar a questão da hierarquia entre as obrigações dos Estados-parte, com relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos e as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. O seu entendimento é que o conflito de normas em questão seria evitável, através de interpretação harmonizadora, não havendo razão para utilizar-se o artigo 103, anteriormente mencionado, como um meio para solucionar o dito conflito.<sup>639</sup>

Em sua análise sobre os Casos Al-Jedda e Nada, Miko sintetizou o problema de conflito aparente de normas, com o qual se defrontou a Corte Europeia de Direitos Humanos, afirmando que o Caso Al-Jedda teria sido um progresso, ao se admitir a própria existência do conflito, mas o Caso Nada, por sua vez, teria sido um retrocesso, já que a corte, negou-se a decidir se prevaleceria o enfoque da especialidade, *ratione loci*, por se tratar de uma corte regional, decidindo um pleito calcado em uma convenção regional, no qual, se poderia dizer que o artigo 103 da Carta das Nações Unidas não se aplicaria. Da mesma forma, recusou-se a firmar uma posição definitiva sobre eventual hierarquia superior da Carta das Nações Unidas, relativamente a uma convenção de índole regional.<sup>640</sup>

Afirmou Miko que, caso a corte europeia tivesse de decidir o mesmo caso outra vez, teria, por conta dos “impulsos de fragmentação”, afirmado que, pelo fato de pertencer a outra ordem jurídica, o artigo 103 da Carta das Nações Unidas não poderia afastar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que seria prejudicial para a coerência do Direito Internacional.<sup>641</sup>

É de se notar que o caso em comento não diz respeito a um conflito institucional de jurisdições internacionais, mas, de normas, sendo umas, relacionadas à paz e segurança internacional, outras, ao sistema europeu de direitos humanos.

O que é interessante de ressaltar nesse caso é que, ao contrário do que ocorreu no Caso MOX, uma corte europeia não teve o mesmo interesse de afirmar a prevalência da ordem, ao qual, estava relacionada, talvez, porque a questão de fundo fosse “apenas” direitos humanos, o que, de certo modo, acaba conferindo alguma razão a Delmas-Marty<sup>642</sup>, quando disserta sobre

---

<sup>638</sup> Ibid. p.1375.

<sup>639</sup> Ibid. p. 1375.

<sup>640</sup> Ibid. p. 1375/1376.

<sup>641</sup> Ibid. p.1376.

<sup>642</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Globalisation Économique et Universalisme des Droits de L’Homme. 7e. Conférence Albert-Mayrand.** op. cit. p.10/11.

a maneira como a fragmentação do Direito Internacional se relaciona com a globalização econômica.

### 2.5.3 O Caso "*Southern Bluefin Tuna*"

Outro caso da jurisprudência do Direito Internacional, que mostrou-se bastante rumoroso, foi o Caso "*Southern Bluefin Tuna*". A importância do caso em tela foi destacada por Röben, que considera que os fatos posteriormente ocorridos no Caso MOX, tratados na presente tese, seriam mera "sequela" dos entendimentos adotados pelo mesmo tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, desta feita, ao ser instado a decidir sobre uma querela, que envolvia, de um lado, a Austrália e a Nova Zelândia, de outro, o Japão.<sup>643</sup>

Da mesma forma que no Caso MOX, há no Caso "*Southern Bluefin Tuna*", um conflito institucional entre órgãos judicioriformes, sendo um, o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, outro, um tribunal arbitral de um tratado regional, que não previa a prolação de decisões vinculantes. Da mesma forma que no Caso MOX, houve o reconhecimento da jurisdição, por parte do tribunal internacional ITLOS, que tratou das medidas provisionais, tendo o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, decidido de forma contrária. Tudo isso foi descrito por Röben, enfocando ele a dúvida sobre os resultados desse conflito, se levariam a uma maior regionalização da solução de conflitos relacionados à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS).<sup>644</sup>

Também analisa o texto se não haveria uma falsa dicotomia regionalização-universalização, na solução dessas disputas, porque a Convenção UNCLOS atuaria como uma ordem constitucional funcional, na qual, os acordos regionais de solução de disputas seriam administrativos por natureza. Em termos materiais, a Convenção UNCLOS formaria parte da ordem jurídica dos acordos regionais. Procedimentalmente, os mecanismos de solução de controvérsias, dispensados pelos acordos regionais poderia e teriam de aplicar a Convenção UNCLOS. Essas conclusões poderiam levar o tribunal internacional ITLOS a não exercer a sua jurisdição, em um dado caso.<sup>645</sup>

O Caso "*Southern Bluefin Tuna*" teria surgido, originalmente, de uma disputa sob a Convenção Trilateral para a Conservação Atum "*Southern Bluefin*" (Convenção CSBT), de 10/05/1993, na qual, a Austrália e a Nova Zelândia, de um lado, e o Japão, de outro, tendo em

---

<sup>643</sup> RÖBEN, Volker. **The Southern Bluefin Tuna Case: Re-Regionalization of the Settlement of Law of the Sea Disputes ?** Heidelberg: Max Planck Institute, 2002. In <http://www.zaoerv.de>. Acesso em 10/02/2016. p. 61/72.

<sup>644</sup> Ibid.p. 61.

<sup>645</sup> Ibid.p. 61.

vista a existência de um “programa de pesca experimental” dessa espécie de atum, levado a cabo pelo Japão, em alto-mar, entre 1998 e 1999.<sup>646</sup>

Explicou o doutrinador que essa espécie de atum é uma espécie migratória, de modo que, a Convenção CSBT implantou uma comissão, que toma decisões vinculantes, dentre outros aspectos, sobre uma pesca totalmente autorizável e a sua alocação dentre os Estados-membros.<sup>647</sup>

Inicialmente, em 15/07/1999, a Austrália e a Nova Zelândia iniciaram um procedimento perante a Convenção UNCLOS, notificando o Japão de sua intenção de instituir um procedimento arbitral, o que toca à pesca experimental do atum “*southern bluefin*”. Em 30/07/1999, requereram ao tribunal internacional ITLOS a concessão de medidas provisionais, no sentido de que o Japão cessasse a pesca experimental; que a cota de pesca do Japão fosse aquela decidida pela Comissão CSBT e que o quantitativo pescado no programa de pesca experimental fosse abatido do total máximo; bem como, que as partes passassem a adotar o Princípio da Precaução, enquanto a disputa não fosse solucionada.<sup>648</sup>

Como decorrência, o tribunal internacional ITLOS determinou às partes que não desempenhassem qualquer ação, que pudesse agravar a disputa ou prejudicar a futura tomada de decisão, no mérito da causa, pelo tribunal arbitral UNCLOS.<sup>649</sup>

Posteriormente, o tribunal internacional ITLOS determinou às partes que não excedessem as cotas de pesca, que existiam entre 1989 e 1997, as quais, já tinham expirado em 1997. Também se determinou que os três Estados se abstivessem de conduzir algum programa de pesca experimental<sup>650</sup> – o que, na realidade, foi dirigido ao Japão, que usa desse expediente, para justificar a extrapolação de cotas de pesca.

Comentou Røben que um ponto teria ficado pouco claro, já que não se compreendia, se as águas territoriais ou sob jurisdição funcional das partes, também estariam abrangidas pela ordem. Essa abrangência foi contestada pela doutrina, alegando que a petição da Austrália e da Nova Zelândia teria sido elaborada, com base nos artigos 64 e 116/119 da Convenção UNCLOS, os quais, conjuntamente, se refeririam ao alto-mar. No entender de Røben, porém, a ordem também se aplicaria a outras zonas, que não o alto-mar, porque a exclusão prevista no artigo 297(3)(a) da Convenção UNCLOS somente se aplicaria, quando

---

<sup>646</sup> Ibid. p. 61.

<sup>647</sup> Ibid. p. 61.

<sup>648</sup> Ibid. p. 62.

<sup>649</sup> Ibid. p. 62.

<sup>650</sup> Ibid. p. 62.

os Estados envolvidos não fossem os que houvessem movido a reclamação, algo que, implicitamente, representaria uma renúncia à imunidade.<sup>651</sup>

O tribunal internacional ITLOS, para decidir sobre o caso, considerou que os requisitos do artigo 290(5) teriam sido preenchidos. Adotando a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, o tribunal questionou se as disposições da Convenção UNCLOS seriam obrigatórias. No entender do tribunal, uma “disputa” é uma “discordância sobre um tema de fato ou de direito, um conflito de pontos de vista jurídicos ou de interesses”. Assim, as disposições invocadas pela Austrália e pela Nova Zelândia, no entender do tribunal, forneceriam base suficiente para fundar a jurisdição do tribunal.<sup>652</sup>

O tribunal ITLOS considerou que a conduta das partes, tanto no que diz respeito à Comissão para a Conservação do Atum “*Southern Bluefin*”, como nas suas relações com terceiras partes, não participantes da dita convenção, seria relevante para a avaliação do quanto as partes em tela estariam cumprindo com as suas obrigações, para com a Convenção UNCLOS. Por outro lado, no que tange ao artigo 280 da Convenção, o tribunal entendeu que as partes não teriam mais como resolver a questão, por meios políticos.<sup>653</sup>

Para o tribunal ITLOS, o caso, em termos materiais, não diria respeito à Convenção para a Conservação do Atum “*Southern Bluefin*”. O Caso envolvendo o método de solução de controvérsias daquela convenção se referiria à falta de implementação daquela convenção, pelas partes. Também em termos materiais, a ordem do tribunal internacional deveria ser entendida como estando fulcrada no Princípio da Precaução, negando o Japão a relevância ao referido princípio, nesse caso. Muito embora, não tenha se dirigido a esse tema expressamente, o tribunal internacional, em sua decisão provisional, fez uso do conceito e de suas consequências.<sup>654</sup>

Sem embargo, na sua fundamentação, o tribunal relacionou a conservação dos recursos vivos do mar com a proteção e preservação do ambiente marinho, dizendo ser necessário agir com prudência e cuidado, para poder assegurar a efetiva conservação dos estoques marinhos. Ao mesmo tempo, porém, em que concordava que os estoques desse recurso estavam em franco declínio, também se referiu expressamente à incerteza científica sobre as medidas que seriam apropriadas para conservar esse recurso, sendo essa uma premissa da abordagem da precaução, que se baseia na inversão do ônus da prova.<sup>655</sup>

---

<sup>651</sup> Ibid. p. 62.

<sup>652</sup> Ibid. p. 62.

<sup>653</sup> Ibid. p. 62/63.

<sup>654</sup> Ibid. p. 63.

<sup>655</sup> Ibid. p. 63.

Uma violação do dever de cooperação, entre os membros da Comissão para a Conservação do Atum “*Southern Bluefin*”, tanto no nível científico, quanto governamental, além do aumento da pesca, durante o mesmo período, por não-membros da dita comissão, com novos entrantes nesse pesqueiro, levaria a medidas específicas, nos termos do artigo 64, com base no artigo 64, tendo o Juiz Wolfrum declarado que, “nessas circunstâncias, uma redução na pesca, de todos envolvidos nesse pesqueiro, no curto prazo, iria auxiliar o estoque a se recuperar, no médio e longo prazos”. No entender do Juiz Wolfrum, o artigo 64 da Convenção UNCLOS estabeleceria um dever de cooperar para esse fim de preservação. Como observa Röben, tanto no Caso MOX, quanto no Caso “*Southern Bluefin Tuna*”, o Princípio da Precaução é capaz de gerar obrigações específicas e direitos correspondentes, para os Estados, concretizando a obrigação de cooperar determinada pela Convenção UNCLOS.<sup>656</sup>

Por sua vez, o estabelecimento do tribunal arbitral UNCLOS, ocorreu na mesma época da ordem do tribunal internacional ITLOS, de 27/08/1999. Foram escolhidos três árbitros neutros e o Juiz Schwebel foi escolhido presidente do tribunal arbitral. Em seguida, houve a concordância com relação às regras procedimentais, tendo sido permitido o acesso público às audiências.<sup>657</sup>

Porém, na decisão de agosto de 2000, o tribunal arbitral UNCLOS decidiu, por quatro a um, que não teria jurisdição para decidir sobre o mérito e, de acordo com o artigo 290 (5) da Convenção UNCLOS, unanimemente, revogou as medidas provisionais determinadas pelo tribunal internacional ITLOS, em vigor, desde o ano anterior.<sup>658</sup>

Entendeu o tribunal arbitral, do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, que a jurisdição seria somente do tribunal arbitral estabelecido com base na Convenção de Conservação do Atum “*Southern Bluefin*”, com base no artigo 16 daquela convenção, que excluiria qualquer outro procedimento, já que as três partes não teriam duas disputas em separado, mas uma mesma disputa, dizendo respeito a duas convenções. O voto vencido entendeu que o artigo 16 não excluiria outros procedimentos.<sup>659</sup>

Como se vê, a situação é bastante similar àquela descrita na presente tese, encontrada no Caso MOX, quando se chegou a determinar medidas de natureza cautelar, além de firmar-se a jurisdição do tribunal internacional ITLOS, mas, quando a questão chegou no tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, tanto a jurisdição dos órgãos de solução de

---

<sup>656</sup> Ibid. p. 63.

<sup>657</sup> Ibid. p. 63/64.

<sup>658</sup> Ibid. p. 64.

<sup>659</sup> Ibid. p. 64/65.

controvérsias da Convenção UNCLOS, quanto as medidas provisionais, foram ambos tornados sem efeito.

Exatamente, por isso, Röben afirma que o Caso MOX seria uma seqüela do Caso "*Southern Bluefin Tuna*". Diz Röben que a decisão do tribunal arbitral ITLOS, no Caso MOX, de 03/12/2001, seria uma resposta ao desafio apresentado pelo tribunal arbitral UNCLOS, no Caso "*Southern Bluefin Tuna*".<sup>660</sup>

O ponto de vista de Röben, acerca dos dois casos, é o de que a função do artigo 281 da Convenção UNCLOS seria o pomo da discórdia entre o tribunal internacional ITLOS e o tribunal arbitral UNCLOS. O doutrinador entende, mesmo, que o referido artigo sequer seria aplicável. Diz que o tribunal arbitral UNCLOS estaria confundindo o conceito de "disputa", quando afirma existir uma única disputa, porque o termo se refere às normas dispositivas, logo, as disputas podem surgir, seja perante a Convenção UNCLOS, seja sob acordos regionais, mesmo que diga respeito ao mesmo conjunto de fatos.<sup>661</sup>

Se por um lado, a proliferação de cortes regionais e tribunais, bem como, de instituições especializadas em soluções de controvérsias, tenha sido objeto de avisos de "vozes importantes" – e Röben, maliciosamente, menciona o discurso do próprio Juiz Schwebel, de 25/07/2000, na abertura da 69ª Conferência da Associação de Direito Internacional -, por outro lado, afirma ser irônico que esse espectro seja atingido, em consequência da própria abordagem do tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS.<sup>662</sup>

Por fim, há um aspecto processual de extrema importância: se o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, afirma não possuir jurisdição, para decidir sobre a matéria da disputa, como poderia determinar a revogação das medidas de natureza cautelar, determinadas pelo tribunal internacional ITLOS ?<sup>663</sup>

Esse aspecto destacado por Röben, que une os casos MOX e "*Southern Bluefin Tuna*", é de extrema relevância, não sendo um mero detalhe procedimental. Ora, se o tribunal arbitral do Anexo VII não tem jurisdição sobre a disputa, não poderia mesmo determinar revogação alguma de medida de natureza cautela, determinada por outro tribunal, em caráter precário. Até se pode conceder uma medida de natureza cautelar, por absoluta urgência, sem que exista jurisdição ou competência, porque isso é da natureza do procedimento cautelar. Mas, qual é a urgência em revogar? Se não tem jurisdição ou competência, não pode, a qualquer título,

---

<sup>660</sup> Ibid. p. 65.

<sup>661</sup> Ibid. p. 66.

<sup>662</sup> Ibid. p. 66.

<sup>663</sup> Ibid. p. 67.

determinar a revogação da medida de natureza cautelar. Ocorre, que se essa revogação não é declarada pelo tribunal arbitral do Anexo VII, quem irá declará-la, uma vez que o tribunal internacional ITLOS, já havia declarado que possuía a jurisdição para decidir sobre a matéria e já havia esgotado o seu mister? Certamente, não poderia ser revogada pelo órgão regional de solução de controvérsias, em qualquer dos casos – nem pela Corte Europeia de Justiça, nem pelo tribunal arbitral da Convenção para Conservação do Atum “*Southern Bluefin*”.<sup>664</sup>

Assim, interessantemente, a proliferação de órgãos judiciariformes provocaria um fenômeno bastante incomum, tanto no Caso MOX, quanto no Caso “*Southern Bluefin Tuna*”, que não se restringe ao risco de eventuais decisões contraditórias sobre a mesma matéria de mérito, mas também ao risco de lacunas, com relação ao cumprimento de medidas de natureza cautelar – em ambos os casos, relacionadas ao Princípio da Precaução -, deferidas no âmbito de uma convenção de alcance universal, quando se define que o órgão de solução de controvérsias de alcance regional é que teria jurisdição exclusiva sobre o tema.

Se não houvesse ocorrido um desrespeito aos princípios mais básicos do Direito Processual, com a revogação da medida de natureza cautelar, pelo tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS, que não foi por ele deferida, em ambos os casos, mesmo entendendo ele não ter jurisdição sobre ambas as disputas, haveria um choque entre uma ordem baseada na lide de dano e a decisão de mérito do órgão jurisdicional/judiciariforme regional, consubstanciado a quebra do caráter sistemático do Direito Internacional.

O Caso “*Southern Bluefin Tuna*” também foi objeto de crítica da doutrina, em razão da pretensa natureza “constitucional” da Convenção UNCLOS, que poderia ter sido afirmado, no julgamento desse caso, no tribunal arbitral do Anexo VII, da referida convenção, mas não o foi.<sup>665</sup>

Afirma Peel que a primeira decisão de um tribunal arbitral, do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, parecia uma grande oportunidade de afirmar o papel central do regime compulsório de solução de disputas sobre pesqueiros, estabelecido pela Parte XV, da Convenção UNCLOS. No processo de negociação da Convenção UNCLOS, os procedimentos compulsórios, da Parte XV, da mencionada convenção, foram vistos como possuidores de um papel central na manutenção da integridade do regime especializado e na redução do recurso ao unilateralismo, na solução de controvérsias.<sup>666</sup>

---

<sup>664</sup> Ibid. p. 67.

<sup>665</sup> PEEL, Jacqueline. **A Paper Umbrella which Dissolves in the Rain? The Future for Resolving Fisheries Disputes under UNCLOS in the Aftermath of the Southern Bluefin Tuna Arbitration.** Melbourne: Melbourne Journal of International Law, vol. 3, 2002.p.1/26.

<sup>666</sup>Ibid p.2/4.



Porém, o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, no Caso "*Southern Bluefin Tuna*", entendeu que o regime de compulsório de solução de controvérsias poderia ser afastado, se as partes houvessem concordado em relação à submissão da controvérsia a algum outro meio, baseado em convenções regionais sobre pesqueiros, mesmo que elas não contivessem um procedimento vinculante.<sup>667</sup>

A conclusão a que chegou Peel é que, com base no entendimento do tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS, sobre a preferência dos acordos regionais, mesmo que não vinculantes, a tendência será de retorno à ação unilateral, que a própria criação da Convenção UNCLOS pretendeu evitar. Porém, a doutrinadora também vê a possibilidade de desenlaces positivos, no longo prazo, decorrentes da mencionada decisão, uma vez que, poderá levar à adoção de medidas coercitivas também nas convenções regionais sobre pesqueiros, além de vir a facilitar a aceitação da Convenção das Nações Unidas sobre Estoques Pesqueiros.<sup>668</sup>

A importância do Caso "*Southern Bluefin Tuna*", como se vê, foi o precedente fornecido para o Caso MOX de Sellafield, no sentido de se privilegiar o acordo regional, ao invés daquele de caráter universal, fortalecendo os regimes autônomos, em detrimento de uma possível unificação dos institutos de Direito Internacional, inclusive os de caráter geral, pelo contrário, proporcionando uma pletora de interpretações diversas sobre os mesmos institutos, dependendo da conveniência e dos interesses envolvidos. Também é importante observar tratar-se do mesmo órgão judicioriforme - o tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS -, que, agindo da mesma maneira que no Caso MOX, desconsiderou posição anterior do tribunal internacional ITLOS, acerca de sua jurisdição para processar e julgar a controvérsia, o que mostra que o risco de fragmentação e do caráter sistemático do Direito Internacional - se o intérprete já parte da premissa que existe uma ordem, um sistema, previamente - existe, é real, não se tratando de um episódio isolado.

## **2.6 Possíveis Soluções para o Conflito entre os Diferentes Regimes de Tratados**

### **2.6.1 O Princípio *Lis Pendens* Internacional**

A questão do *lis pendens* internacional – que pode ser vista, tanto como um fato (existência de duas ou mais ações idênticas, em paralelo), quanto um princípio que soluciona o conflito decorrente da existência de ações idênticas, tramitando em foros diferentes -, conforme leciona Oellers-Frahm, é bastante polêmica, tendo em vista as peculiaridades do

---

<sup>667</sup> Ibid. p.6/14.

<sup>668</sup> Ibid. p.23.

Direito Internacional, de modo que, mesmo que a doutrina da litispendência seja aceita, as cortes não a aplicariam - na hipótese de decidirem, ambas, matéria idêntica -. por não terem elas a mesma natureza, na maior parte dos casos.<sup>669</sup>

Que peculiaridades, então, do Direito Internacional, determinariam essa diferença de tratamento, comparando-se com o que ocorre no direito interno? Afirma Oellers-Frahm que, há uns cinquenta anos atrás, soaria totalmente irreal imaginar uma dramática multiplicação de cortes internacionais. Naquela época, diz ela, a principal preocupação era de convencer os Estados da atratividade e utilidade do mecanismo de solução de controvérsias arbitral. Agora, pelo contrário, todos se deparam com uma multidão de tratados e convenções internacionais, com mecanismos autônomos de solução de controvérsia.<sup>670</sup>

Se, por um lado, isso é positivo, porque mostra que os meios de solução pacífica das controvérsias se desenvolveram. Por outro lado, não se trata apenas de uma explosão quantitativa de corpos judiciariformes de solução de controvérsias, mas também, de uma expansão qualitativa, com a transformação da natureza e da jurisdição desses corpos judiciariformes, os quais, não servem apenas à solução da controvérsia em si, mas, de assegurar e monitorar o cumprimento do Direito Internacional. Como se não bastasse, o número de órgãos judiciariformes, que permite a participação de outras entidades, que não apenas os Estados, supera o número de órgãos que limitam tal participação.<sup>671</sup>

Esclarece Oellers-Frahm estar se referindo apenas aos órgãos, estabelecidos por algum acordo internacional, que aplicam o Direito Internacional, bem como, que prolatam decisões vinculantes.<sup>672</sup> Evidentemente, há muito mais órgãos judiciariformes, atuando no meio jurídico internacional, que os descritos no referido artigo.

Os problemas decorrentes desse quadro descrito, nesse contexto de multiplicação de cortes internacionais, referem-se ao perigo de desagregação do Direito Internacional, em razão de jurisdições conflitantes. Tais conflitos, assegura a doutrinadora, não decorrem unicamente dessa expansão das cortes internacionais, mas também, de determinadas peculiaridades do Direito Internacional.<sup>673</sup>

Afirma Oellers-Frahm que esse risco à unidade do Direito Internacional não seria virtual, mas real, como demonstrariam os Casos Le Grand, Loizidou, Nicaragua/Tadic e Swordfish, decorrendo ele da possibilidade de conflitos de jurisdição, ativos ou passivos,

---

<sup>669</sup> OELLERS-FRAHM, Karin. op. cit. p.77.

<sup>670</sup> Ibid. p.69.

<sup>671</sup> Ibid. p.69.

<sup>672</sup> Ibid. p.69.

<sup>673</sup> Ibid. p.69/70.

além do risco de contradição ou conflito de entendimentos ou interpretação, para a mesma regra jurídica, em instituições diferentes.<sup>674</sup>

Entende a doutrinadora que a preocupação que essa multiplicação de órgãos judiciariformes possa colocar em risco a unidade do Direito Internacional exigiria, em primeiro lugar, algumas considerações sobre a própria natureza desse ramo jurídico, porque ele não é um conjunto abrangente de normas jurídicas, consistente de um corpo fixo de regras aplicáveis a todos os Estados, nem possui um órgão legislativo central.<sup>675</sup>

Assevera que, tendo em vista o permanente desenvolvimento do ramo, tanto o número de atores, quanto o âmbito de atividade do Direito Internacional aumentou consideravelmente, nos últimos cinquenta anos, da mesma forma que as instituições destinadas a garantir o cumprimento das obrigações jurídicas internacionais. Dessa forma, tal evolução demandaria uma adaptação às novas condições da vida internacional. Porém, uma vez que a normatização internacional é lenta e não é concentrada em único corpo legislativo, tal adaptação acaba por ser feita, em primeiro lugar, pelos juízes internacionais. Os juízes internacionais acabam tendo de decidir se alguma adaptação deve ser feita, uma vez que eles não fazem leis. Assim, por exemplo, a discussão sobre o *status* de uma norma costumeira, se existe como regra no Direito Internacional ou não, pode ser respondida de forma diferente por corpos judiciariformes diversos.<sup>676</sup>

Nesse sentido, afirma, seria salutar a existência de um órgão central, para o qual, tais questões fossem dirigidas para decisão, como ocorre em inúmeros sistemas jurídicos nacionais.<sup>677</sup>

Além do caráter de ramo em desenvolvimento do Direito Internacional, também há a questão do Direito Internacional não ser um corpo de normas que vincule, igualmente, a comunidade internacional, como ocorre no direito interno ou no seio de determinadas organizações internacionais, como é o caso da União Europeia. Na realidade, ele possui poucas normas vinculantes para todos os membros, em especial, o *jus cogens*. As demais normas, em especial, o grande número de normas de origem costumeira, podem ser derogadas por normas especiais, como o costume regional, além de tratados e convenções internacionais. Como consequência, no Direito Internacional há um grande número de tratados, que criam normas vinculantes, apenas para os integrantes daquele acordo.<sup>678</sup>

---

<sup>674</sup> Ibid.p.70.

<sup>675</sup> Ibid.p.71.

<sup>676</sup> Ibid.p.71/72.

<sup>677</sup> Ibid. p.72.

<sup>678</sup> Ibid. p.72.

Por isso, salienta Oellers-Frahm, o Direito Internacional é, em si mesmo, caracterizado pela fragmentação ou pela descentralização, de modo que, a expressão "unidade" não pode ser entendida em um sentido formal, como de um corpo de normas, que é aplicado igualmente, para toda a comunidade internacional. Essa "unidade" só existe em alguns campos do Direito Internacional, normalmente circunscritas em um regime, como se dá no Direito Internacional dos Direitos Humanos ou no Direito do Mar, onde a aceitação, por parte da maioria dos Estados, levou a um corpo codificado de normas. Mas, tais campos são exceções, sendo um primeiro passo na direção da unidade do Direito Internacional, em campos de interesse comum.<sup>679</sup>

Interessante notar que os campos citados como mais unos, são exatamente aqueles, nos quais, existem os casos mais rumorosos de conflito de jurisdição, narrados pela própria doutrinadora.

Não se pode, no entender da Oellers-Frahm, nesse contexto, afirmar que exista no Direito Internacional geral, ao menos, algum tipo de obrigação de respeito ou de coordenação, entre diferentes atores de Direito Internacional, para evitar conflitos ou colisões de normas. Tudo isso deixaria claro que a fragmentação existente no Direito Internacional se refletirá, igualmente, na jurisdição internacional, o que, não necessariamente conduz a conflitos de jurisdição, mas, a variações, que decorrem das peculiaridades do Direito Internacional.<sup>680</sup>

Segundo sustenta a doutrinadora, o que está realmente em jogo, não é a "unidade" do Direito Internacional, mas, a sua consistência ou coerência, no sentido de que a interpretação e aplicação de todas as suas regras, inclusive as especiais, tem de ser realizada segundo conceitos, base de legitimidade e padrões formais de pertinência, que regem o Direito Internacional.<sup>681</sup>

Dessa forma, jurisdições conflitantes não existem, quando se entende existir obrigações diferentes ou quando obrigações similares se situam em diferentes contextos, cada qual, governando a sua interpretação. Tais situações dizem respeito à consistência do Direito Internacional, apenas, que o processo de dizer o Direito, em um caso particular, siga ou se baseie em princípios básicos do Direito Internacional.<sup>682</sup>

No entender de Oellers-Frahm, o conflito de jurisdição somente ocorre quando a mesma norma jurídica é interpretada ou aplicada de forma diferente por diversos corpos judicioriformes internacionais, uma situação excepcional, porque, a maior parte dos corpos

---

<sup>679</sup> Ibid. p.72.

<sup>680</sup> Ibid. p.72/73.

<sup>681</sup> Ibid. p.73.

<sup>682</sup> Ibid. p.73.

judiciariformes internacionais foi criada em um contexto especial, para decidir disputas surgidas nesse contexto.<sup>683</sup>

Apesar de excepcionais, no entanto, tais conflitos são possíveis, no entender da referida doutrinadora, podendo até aumentar em número de ocorrências, em função da multiplicação de cortes e tribunais com jurisdição sobre a mesma matéria e pelo fato da interpretação de uma disposição específica do Direito Internacional ter de ser feita no contexto de outros campos do Direito Internacional. Como não há hierarquia entre as normas de Direito Internacional ou entre os corpos judiciariformes, a preocupação com relação ao conflito é bem fundada.<sup>684</sup>

No que toca à jurisdição internacional, segundo se afirma, ela também possui algumas peculiaridades, que levam a essa situação de conflito de jurisdição, que é descrita. Em primeiro lugar, não existe a obrigatoriedade da jurisdição, como existe no direito interno, de modo que, tal como consta no artigo 33 da Carta das Nações Unidas, os Estados estão livres para solucionar as suas controvérsias por quaisquer meios, desde que, pacíficos. Logo, sequer existe a obrigação de um processo judicial. Porém, esclarece, as mudanças recentes no Direito Internacional e a globalização teriam levado a um aumento da judicialização das questões. Mas, como as cortes e tribunais são criados pelos Estados, de acordo com as suas próprias necessidades, um crescente número de tratados e convenções internacionais provê corpos judiciariformes especiais para a solução das disputas surgidas no contexto daquele tratado ou convenção específico. Como consequência, os julgadores são escolhidos, não por seu conhecimento em Direito Internacional, mas, pelo conhecimento daquela matéria específica, relacionada ao tratado ou convenção, podendo eles não estar cientes das implicações, conexões e relações existentes entre aquele mecanismo recentemente criado e as normas de Direito Internacional geral, que ainda são aplicáveis.<sup>685</sup>

Tal fato pode levar a conflitos de jurisdição, em particular, no que toca a tratados regulando matérias idênticas ou similares, como se dá no campo do meio-ambiente ou outras matérias de índole mais técnica.<sup>686</sup>

Por outro lado, a descentralização ou fragmentação do Direito Internacional se reflete na descentralização dos corpos judiciariformes, que não fazem parte de um sistema jurisdicional fechado, mas que, funcionam independentemente de outros, no contexto de um dado tratado ou convenção internacional, relativamente a um determinado assunto. Apenas

---

<sup>683</sup> Ibid. p.73.

<sup>684</sup> Ibid. p.73/74.

<sup>685</sup> Ibid. p.74.

<sup>686</sup> Ibid. p.74.

uma corte internacional possui jurisdição universal, que é a Corte Internacional de Justiça, que está aberta a todos os Estados e pode decidir todas as questões de Direito Internacional. Todas as outras cortes foram criadas em um contexto particular, o qual, não apenas, é orientado para um tema em particular, como também é regionalmente confinado. Assim, os conceitos regionalmente prevalentes da norma jurídica relevante, no contexto do assunto específico do tratado, terão um papel central no processo de tomada de decisão daquela corte.<sup>687</sup>

A consequência da descentralização dessas cortes ou tribunais internacionais é que não se considera sejam aplicáveis os princípios do "*stare decises*" e da litispendência, que, no interior dos sistemas jurídicos nacionais, possuem um papel importante, para evitar esse conflito de jurisdição.<sup>688</sup>

Especificamente, quanto ao Princípio do "*Stare Decises*", que advém do regime do "*common law*", afirma Oellers-Frahm, que atua para preservar a unidade ou consistência do Direito, fazendo com que julgamentos finais constituam, mesmo para a corte que julga, precedentes vinculantes. Mas, como no Direito Internacional não existe qualquer relação organizacional entre as cortes e tribunais, que só têm de decidir o caso que lhes é apresentado, com força vinculante apenas para as partes, tratando-se as decisões de outras cortes ou tribunais como *res inter alios acta*, não existe a obrigação de levar em conta as suas próprias decisões anteriores ou aquelas de outros corpos judiciariformes, mesmo que digam respeito à mesma matéria ou mesmo que esses outros órgãos sejam mais especializados ou mais experientes, em um assunto em particular.<sup>689</sup>

Porém, pode ser objetado, como comenta, que as cortes internacionais tendem a se referir, pelo menos, aos seus próprios precedentes, em especial, a Corte Internacional de Justiça, somente os modificando em situações especiais. Como regra, igualmente, as cortes internacionais concentrariam as suas decisões na disputa concreta, que lhes é trazida, evitando, da mesma forma, as *obiter dicta* ou as generalizações dos entendimentos, para situações não cobertas pela disputa em concreto.<sup>690</sup>

Mais ainda, a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça é, frequentemente, mencionada pelas outras cortes internacionais, como representativa do direito geralmente aplicável, seja no que diz respeito ao costume internacional ou à interpretação das disposições de tratados ou a outras questões de Direito Internacional. Muito embora, isso sirva à unidade e consistência do Direito Internacional, o fato é que não há a obrigatoriedade de fazê-lo, porque

---

<sup>687</sup> Ibid. .p.75.

<sup>688</sup> Ibid. p.76.

<sup>689</sup> Ibid. p.76.

<sup>690</sup> Ibid. p.76.

não há uma força vinculante geral, emanando das decisões das cortes internacionais, somente vinculando as partes do caso em questão.<sup>691</sup>

No que toca ao Princípio da Litispêndência, ensina Oellers-Frahm que, no direito interno, o termo significa que uma questão pendente perante uma corte não pode ser trazida ante outra ou, ao menos, que um deles deve declarar a causa inadmissível, por conta dessa pendência. Várias regras existem no direito interno, versando sobre esse assunto, no intuito de garantir a unidade da jurisdição. Porém, é bastante questionável, segundo afirma, a sua transposição para o Direito Internacional.<sup>692</sup>

Afirma que apenas alguns doutrinadores até aceitam a sua existência, como princípio, no Direito Internacional, bem como, que a maioria dos doutrinadores sequer a cita, mas, invocam a necessidade da utilização de outro meios, para o mesmo fim, como a negativa de admissibilidade da reclamação, por exemplo. Isso se daria porque os requisitos para a configuração da litispêndência ocorreriam somente em situações muito particulares, em função das peculiaridades, anteriormente mencionadas. Tais requisitos, segundo a Corte Permanente de Justiça Internacional, no Caso dos Interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa, seriam: a existência de duas ações idênticas, pendendo, ao mesmo tempo, ante cortes de mesma natureza.<sup>693</sup>

Uma vez que não é comum que as causas, no Direito Internacional, estejam pendentes em duas ou mais cortes internacionais, de mesma natureza, ainda que a doutrina possa ser aceita, entendeu a doutrinadora, ela seria de difícil aplicação.<sup>694</sup>

A mesma questão tem sido tratada, no caso de arbitragens pendentes sobre o mesmo tema. Note-se que Oellers-Frahm circunscreveu a sua análise aos órgãos, estabelecidos por algum acordo internacional, que aplicam o Direito Internacional, bem como, que prolatam decisões vinculantes.<sup>695</sup> Porém, a verificação de como o tema tem sido tratado nas arbitragens internacionais, de forma geral, é importante, porque se pode acessar uma base teórica sobre o Princípio da Litispêndência, igualmente importante para os órgãos judiciariformes do Direito Internacional Público. Além disso, mesmo dentre tais órgãos, há aqueles que mais se assemelham a tribunais arbitrais privados, que a tribunais internacionais de caráter permanente.

---

<sup>691</sup> Ibid. p.77.

<sup>692</sup> Ibid. p.77.

<sup>693</sup> Ibid. p.77.

<sup>694</sup> Ibid. p.77/78.

<sup>695</sup> Ibid. p.69.

Falando sobre cortes arbitrais, em termos gerais, Vicuña<sup>696</sup> afirma que a existência de procedimentos paralelos competindo não chega a ser algo novo, mas que se trata de um fenômeno, cada vez mais, recorrente. Afirma que isso se dá, porque, de um lado, houve uma proliferação de cortes e tribunais internacionais. De outro, porque há uma falta de normas apropriadas para lidar com o problema.<sup>697</sup>

Também diz que, apesar de pouco se poder fazer quanto ao aspecto da proliferação dessas cortes e tribunais internacionais, haveria muito a ser feito, em termos de normatização, porque os procedimentos paralelos deveriam - da mesma forma que nos ordenamentos internos - ser desencorajados. Esclarece que, na esfera internacional, como há países diferentes envolvidos, a reação a tais procedimentos em paralelo é mais tímida, em função de princípios como os do compromisso, da deferência jurisdicional e da soberania.<sup>698</sup>

Mesmo assim, na esfera internacional, o recurso a saídas como o declínio de jurisdição, "*anti-suit injunctions*" e a recusa em reconhecer o outro julgamento paralelo, não é algo desconhecido, como relata, apesar de ser excepcional.<sup>699</sup>

Também dá conta Vicuña que a doutrina do *forum non conveniens* já teria provado ser uma abordagem suplementar bastante efetiva, no que se refere aos procedimentos em paralelo. Resultados semelhantes ao da doutrina do *forum non conveniens* teriam sido obtidos com institutos mais próximos da Escola Romanística como é o caso do abuso do direito e do *lis pendens*, aplicado como princípio geral de Direito.<sup>700</sup>

Tais doutrinas partilhariam de uma mesma finalidade, que seria a de facilitar soluções apropriadas aos litigantes de boa-fé, limitando o abuso da litigação paralela, a qual teria a intenção de frustrar direitos legítimos da outra parte.<sup>701</sup>

O Princípio do *Lis Pendens* teria sido reconhecido, pela primeira vez, em julgamentos realizados perante a Corte Permanente de Justiça Internacional, no Caso Interesses Alemães na Alta Silésia, no qual, a CPJI firmou a sua jurisdição, afirmando que o princípio do *lis pendens* não se aplicaria aos procedimentos estudados - relacionados também a um tribunal arbitral misto -, porque havia partes diferentes e temas diversos. O mesmo teria sido feito em

---

<sup>696</sup> VICUÑA, Francisco Orrego. **Lis Pendens Arbitralis**. [http://www.arbitration-icca.org/media/4/32472823740148/media012224290630120lis\\_pendens\\_arbitralis.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/32472823740148/media012224290630120lis_pendens_arbitralis.pdf). Acesso em 18/02/2016. p.1.

<sup>697</sup> Ibid. p.1.

<sup>698</sup> Ibid. p.1.

<sup>699</sup> Ibid. p.1.

<sup>700</sup> Ibid. p.2.

<sup>701</sup> Ibid. p.2.



outros casos, ao invés do declínio de jurisdição, como ocorreu no Caso Mavrommatis, no Caso da Fábrica de Chorzow e no Caso do Direito das Minorias.<sup>702</sup>

Assinala Vicuña que a velha prática dos corpos arbitrais internacionais teria adicionado mais confusão do que solução ao problema dos procedimentos paralelos. Mas, a integração, a deferência e a aplicação estrita do *lis pendens* têm adquirido um caráter mais sistemático, em sua opinião, na medida em que, áreas mais estruturadas do Direito apresentam diferentes tribunais, conectados pela sua especialização no campo de atividade específico.<sup>703</sup>

Um exemplo dado pelo doutrinador, no campo da integração dos sistemas jurídicos é o campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas entendido, em vários casos, que o princípio *lis pendens* não se aplicaria a casos submetidos a outro mecanismo, com base no Protocolo Adicional, antes da entrada em vigor do dito protocolo. De igual modo, teria entendido que reclamações perante um corpo judiciário separado, movido por reclamantes diferentes, não seriam excluídos por *lis pendens*, mesmo que o evento, que tenha dado causa à reclamação, tenha sido o mesmo. O mesmo tem ocorrido com relação a investigações.<sup>704</sup>

Outro exemplo, no dizer de Vicuña seria o do Comércio Internacional, segundo ele, a área que demonstra maior grau de integração, no que toca aos mecanismos de solução de controvérsias. Segundo observa, a cláusula de jurisdição exclusiva, existente no artigo 23, do Acordo de Solução de Controvérsias, pareceria não ser aplicável a arbitragens, permitindo-se às partes a solução de suas disputas por esse meio.<sup>705</sup>

No que toca à deferência jurisdicional, Vicuña dá o exemplo do artigo 14(3)(a), do Acordo Norte-americano sobre Cooperação Ambiental, o qual, exige que o Secretariado seja informado se a questão estaria pendente, perante um procedimento jurisdicional ou administrativo, caso no qual, nenhuma ação ocorrerá. A cláusula foi aplicada no Caso Methanex, tendo em vista a alegação de arbitragem paralela, sob o Painel do Capítulo Onze do NAFTA. Nesse caso, foi suficiente a alegação de que os argumentos jurídicos seriam os mesmos, ainda que as partes fossem diferentes.<sup>706</sup>

Quanto ao terceiro aspecto, o da estrita aplicação do Princípio da litispendência, Vicuña fornece o exemplo do Comitê estabelecido sob o Protocolo Opcional para a Convenção Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, cujo artigo 5 (2) proibiria o exame

---

<sup>702</sup> Ibid. p.2.

<sup>703</sup> Ibid. p.3.

<sup>704</sup> Ibid. p.4.

<sup>705</sup> Ibid. p.4.

<sup>706</sup> Ibid. p.4.

de qualquer comunicação de um indivíduo, desde que, certificado que não tenha sido examinada em qualquer outro lugar. O mesmo ocorreria na solução de controvérsias de mecanismos avançados de integração econômica, como dá conta o artigo 47(3) do Estatuto da Corte Europeia de Justiça, determinando ele que o tribunal de primeira instância paralise procedimentos, até que a Corte de Justiça tenha decidido, sendo a prioridade dada para a corte de grau superior.<sup>707</sup>

No caso de sistemas jurídicos menos estruturados e menos integrados, a dificuldade é maior, acentua. Nesses casos, haverá um grau maior de incerteza, com relação ao Princípio *Lis Pendens*. Exemplifica com a situação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que teria recusado deferência jurisdicional à Corte Internacional de Justiça, em opiniões consultivas, relativas à assistência consular, baseando-se no interesse dos signatários da Convenção Interamericana, de ter seus casos examinados em seu próprio sistema jurídico.<sup>708</sup>

Da mesma forma teria procedido, o Tribunal Internacional ITLOS, com relação a uma corte doméstica, que conduzia procedimento paralelo, em conexão com a liberação de um navio. Deduz Vicuña que, em situações onde, de um lado está uma corte internacional e, de outro, uma corte doméstica, a última tende a estar em uma posição mais frágil. Situações ainda mais complexas ocorrem, quando existem procedimentos paralelos, com as mesmas partes, mas enfatizando ângulos diferentes da controvérsia, como teria ocorrido no Caso *Swordfish*. O Chile enveredou para o aspecto da conservação dos recursos vivos do alto-mar, no seu pleito perante o Tribunal Internacional ITLOS, enquanto a Comunidade Europeia enfatizou o aspecto do comércio internacional, referindo-se dessa forma ao painel da Organização Mundial do Comércio, tendo as duas disputas sido suspensas.<sup>709</sup>

Há de se considerar, igualmente, o aspecto da escolha do foro e a questão da jurisdição exclusiva. Quanto a tais aspectos, os tribunais internacionais têm entendido no sentido da prevalência da cláusula de jurisdição exclusiva, no caso de reclamações baseadas em tratados, por outro lado, ainda que, em algumas oportunidades, a escolha de foro contratual tenha sido desconsiderada.<sup>710</sup>

Esse ponto é extremamente importante para o presente trabalho, porque é a discussão por trás dos Casos *MOX* e "*Southern Bluefin Tuna*", anteriormente apresentados. Respectivamente, as soluções adotadas nesses casos foram a deferência jurisdicional à Corte

---

<sup>707</sup> Ibid. p.5.

<sup>708</sup> Ibid. p.5.

<sup>709</sup> Ibid. p.6.

<sup>710</sup> Ibid. p.6.

Europeia de Justiça e o declínio de jurisdição em favor órgão judiciário mais especializado.<sup>711</sup>

Pergunta-se Viciña a razão da dificuldade de se gerenciar as arbitragens como um sistema, no que diz respeito à litispendência. Em primeiro lugar, diz ele, é evidente que a arbitragem lida, frequentemente, com corpos judiciários desiguais e, às vezes, sequer comparáveis. Além disso, a possibilidade de ocorrer paralelismo é maior e a habilidade dos tribunais cooperarem é menor, na esfera da arbitragem. Por isso, há exemplos de casos, onde haveria uniformidade substancial, mas, resultados contraditórios, como teria ocorrido nos Casos CME e Lauder. Mesmo na hipótese de se ter os mesmos tratados de investimentos, a mesma questão em disputa, o mesmo sistema arbitral da UNCITRAL, não teria sido possível a consolidação, no contexto de um mecanismo de solução de controvérsias totalmente descentralizado. Nem mesmo em um sistema integrado como é o caso do ICSID, às vezes, isso se mostra possível, porque uma ou ambas as partes recusam-se a discutir essa alternativa.<sup>712</sup>

#### 2.6.1.1 Possíveis Soluções de Natureza Processual para o Conflito

Os exemplos trazidos por Viciña remetem à busca por soluções para a questão dos procedimentos paralelos, podendo as referidas serem divididas em soluções de índole processual (ou procedimental) e soluções de natureza não- processual (ou não-procedimental).

Qual a relevância da referida distinção? Em primeiro lugar, raciocinar com classificações pode ser mais didático, ao organizar, de algum modo, o raciocínio. Além disso, as primeiras soluções, normalmente propostas pela doutrina, estão mais centradas em aspectos mais técnicos, do Direito Processual. As soluções não-processuais ou não-procedimentais, em que pese serem adotadas, em relação aos procedimentos e neles, possuem uma natureza mais política do que jurídica. Em possuindo natureza mais política, a sua dinâmica tende a ser outra, com maior grau de discricionariedade e menor uniformidade na sua aplicação, como se verá.

Assim, por exemplo, uma tentativa de resolver o conflito de jurisdições - ou, em outras palavras, uma tentativa de solucionar o problema de fragmentação do Direito Internacional, por conta do conflito de jurisdição - pode ocorrer através do declínio, não da competência, mas da jurisdição.

---

<sup>711</sup> Ibid. p.6.

<sup>712</sup> Ibid. p.7.

Com efeito, antes, somente se observava o uso desse remédio processual no direito interno, na forma de declínio de competência, mas, o "declínio da jurisdição" - termo utilizado na Convenção de Bruxelas sobre Jurisdição e Cumprimento de Sentenças em Assuntos Comerciais e Cíveis, por exemplo, em seu artigo 21<sup>713</sup> -, que seria o seu correspondente na esfera internacional, vem sendo cada vez mais utilizado<sup>714</sup>.

Não há que se falar em "declínio de jurisdição", quando se trata de uma questão de litigância paralela, envolvendo duas cortes de uma mesma soberania, evidentemente. Nesse caso, a hipótese é de declínio da competência, que por sua vez, é uma emanção da jurisdição una, a qual, por seu turno, é um dos sinais da própria soberania.

No Direito Internacional, quando há um caso que envolve interesses que desbordam as fronteiras nacionais, com base nas regras internas de delimitação da jurisdição "internacional" ou da "competência internacional", pode uma corte nacional entender que não possui jurisdição para processar e julgar um determinado caso, de modo que uma outra corte nacional estrangeira, poderá vir a considerar-se apta a processar e julgar o mesmo caso. Ambas também podem vir a se considerar aptas a fazê-lo. Ou nenhuma. Não é que haja um declínio, como se dá no ambiente do direito interno. Há uma espécie de ato unilateral de vontade, para afirmar que aquela jurisdição específica afirma possuir ou não possuir poderes para processar e julgar o caso.

Nas jurisdições internacionais, sejam elas decorrentes de tratados e convenções ou meros tribunais arbitrais de índole temporária, *ad hoc*, o que determina o poder de processar e julgar a demanda é a vontade das partes. No primeiro caso, há uma previsão convencional, com uma posterior manifestação para o caso concreto, como regra. No segundo, um compromisso específico. Mas, de qualquer modo, apenas remotamente, esse poder decorre da emanção de um único poder soberano. Essa vontade se manifesta, em conjunto com outras, na formação dos instrumentos convencionais, no primeiro caso. No segundo caso, na hipótese de algum Estado soberano - ou, mais comumente, entes dele derivados - submeter-se a uma corte *ad hoc*, o que era inadmissível anteriormente, mas, nos dias atuais, tornou-se relativamente comum em questões de índole negocial, essa corte estará investida do poder de processar e julgar, excepcionalmente, por aquele poder soberano, mesmo que, contra ele próprio, somente naquele tema específico, com aquelas partes e naquele contexto, temporariamente. Por isso, embora a atribuição de poder não se dê da mesma forma que

---

<sup>713</sup> GEORGE, James P. **International Parallel Litigation - A Survey of Current Conventions and Model Laws**. Austin: Texas International Law Journal, vol. 37, 2002.p. 512.

<sup>714</sup> Ibid. p. 503.

ocorre com as cortes internas, não chega a ser equivocado utilizar-se o termo "jurisdição internacional", o qual não se resume à Corte Internacional de Justiça.

Feitas essas ressalvas, que são desvios necessários do tema principal, observa-se que, tanto as cortes internacionais, quanto os tribunais arbitrais, podem declinar desse poder de processar e julgar.

Conforme assevera George<sup>715</sup>, o declínio do poder de processar e julgar ("*transfer*") tem sido amplamente utilizado, com base em doutrinas como o *forum non conveniens* ou pela obrigatoriedade do cumprimento dos acordos de eleição de foro, o que efetivamente só ocorrerá, quando um dos foros deixar de processar e julgar, com o outro passando a fazê-lo. Muito embora George se refira a questões de Direito Internacional Privado, o raciocínio é muito similar, se verificados os casos estudados.

Com efeito, no Caso "*Southern Bluefin Tuna*", o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, entendeu que o foro mais apropriado, para dirimir a controvérsia, seria o regional, ainda que o mecanismo de solução de controvérsias não contivesse um órgão apto a proferir decisões vinculantes, como se houvesse entendido ser um *forum non conveniens*, guardadas as devidas proporções. No Caso MOX, o mesmo tribunal arbitral considerou que havia questões de Direito Comunitário a resolver, antes de sua decisão, considerando que a Irlanda deveria submeter-se à Corte Europeia de Justiça, até mesmo, por força de dispositivo do tratado europeu - o que, a rigor, nada teria a ver com o regime do Direito do Mar -, o que levou à suspensão dos procedimentos e ao posterior requerimento de desistência da Irlanda. Nesse caso, raciocinou, também *mutatis mutandis*, como se a Irlanda houvesse desrespeitado um acordo prévio relacionado a foro<sup>716</sup> - a convenção, não um contrato com cláusula de eleição de foro, evidentemente. Aliás, a doutrina trata ambos como uma hipótese onde se teria privilegiado disposições convencionais sobre eleição de foro<sup>717</sup>. Há de se adicionar que a hipótese do Caso MOX, não foi propriamente de "*transfer*", mas de "*stay*", como se verá mais a frente, porém, os seus efeitos acabaram se assemelhando.

Muito embora, em ambos os casos, as soluções tenham sido imperfeitas, como se viu - no Caso *Southern Bluefin Tuna*, houve um enfraquecimento do sistema de soluções de controvérsias vinculante, baseado em uma convenção das Nações Unidas, para privilegiar um acordo regional dotado de soluções não vinculantes, o que estimulou o unilateralismo; no Caso MOX e no Caso *Southern Bluefin Tuna*, ocorreu um vácuo jurídico decorrente do

---

<sup>715</sup> Ibid. p. 503.

<sup>716</sup> VICUÑA, Francisco Orrego. **Lis Pendens Arbitralis**. op. cit. p.6.

<sup>717</sup> Ibid. p.6.

reconhecimento da jurisdição para processar e julgar o caso, pelo tribunal internacional ITLOS, o que foi desconsiderado pelo tribunal arbitral do Anexo VII da Convenção UNCLOS, sem que esse reconhecimento da jurisdição anterior fosse modificado por outra declaração em sentido oposto; em nenhum dos casos, a questão de fundo foi eficazmente resolvida, apesar do tempo e dinheiro gastos, com riscos ao ambiente marinho; dentre outros aspectos -, o declínio da jurisdição é uma solução processual hipoteticamente possível, para evitar-se o conflito de jurisdições e a fragmentação do Direito Internacional.

Outra solução de natureza processual, que se apresenta possível, é a reunião ("*consolidation*"<sup>718</sup>) dos procedimentos em um único foro, o que remete aos institutos do direito interno da prevenção e da litispendência.

Da mesma forma que ocorria com o declínio, a reunião dos procedimentos só ocorria no direito interno, mas é uma prática cada vez mais comum na esfera internacional, atualmente<sup>719</sup>. Afirma o doutrinador, que no direito interno, frequentemente, não é necessário reunir os processos, resolvendo-se a questão através de emenda à inicial ou por outros meios. Porém, quando essas emendas não podem ser feitas - por exemplo, em razão de limitação temporal para fazê-lo -, os procedimentos concorrentes são reunidos. Também pode ser feita a reunião dos procedimentos concorrentes, por exemplo, com a finalidade de aproveitamento da prova já produzida, ou ainda, para não perder decisões já tomadas, de índole preliminar, pronunciadas em algum dos feitos.<sup>720</sup>

Um terceiro tipo de solução processual é a suspensão de algum dos procedimentos concorrentes ("*stay*", "*abatement*" ou "*suspension*"), como ocorreu no Caso MOX, quando o tribunal arbitral do Anexo VII declarou a suspensão do procedimento, para o fim de solução anterior das questões comunitárias, no seio da Corte Europeia de Justiça. Normalmente, é utilizada, naquelas situações em que a corte em questão concede uma deferência a outra, podendo o caso vir a ser reativado, caso não haja uma solução ou se aquele julgamento não leva a uma preclusão, naquele foro onde se determinou a suspensão.<sup>721</sup>

Há um quarto tipo de solução processual, que é o da extinção ("*dismissals*"<sup>722</sup>) do procedimento, como se dá no direito interno, quando é identificada a ocorrência de litispendência e coisa julgada. O processo é extinto, sem resolução de mérito, para que ele não concorra com o outro que está em curso ou para que não seja desautorizada a decisão

---

<sup>718</sup> GEORGE, James P. op. cit. p. 503.

<sup>719</sup>Ibid. p. 503.

<sup>720</sup>Ibid. p. 503.

<sup>721</sup> Ibid. p. 503.

<sup>722</sup> Ibid. p. 504.

tomada naqueloutro. De qualquer modo, busca-se evitar a quebra do sistema de direito interno, com decisões conflitantes sobre o mesmo tema, para as mesmas partes, causa de pedir e pedido (*tres eadem*).

São soluções processuais, que as cortes impõem aos seus próprios processos, como se dá com as suspensões. Porém, as extinções não são tão utilizadas, porque elas põem fim a um procedimento que, em princípio, considerado por si só, seria hígido, dentre outros aspectos. Porém, são utilizadas em lugar das suspensões, quando fica claro que aqueloutro procedimento será adequado para proteger o interesse de todas as partes envolvidas e, desde que, todos os pré-requisitos jurisdicionais estejam satisfeitos.<sup>723</sup>

Um quinto remédio processual para tentar solucionar o conflito de jurisdições, na esfera internacional, é o "*antisuit injunction*", que funciona como um incidente ou ação, através do qual, em uma dada jurisdição, se pretende obter uma ordem à outra parte que pare a disputa em outro foro. Frise-se, a ordem não é dada para a outra corte, mas para a parte, que lá também litiga, muito embora a outra corte possa sentir-se desafiada.<sup>724</sup> Afirma George que essa solução é o remédio mais controverso contra a litigância em paralelo, porque interfere com o poder da outra corte, muitas vezes, em outro Estado-membro ou país, mesmo dirigindo-se à outra parte.<sup>725</sup>

Existem quatro razões, pelo menos, para que esse remédio seja utilizado. A primeira delas é o objetivo de parar o outro procedimento, com a mesma disputa, no outro foro. A segunda, reunir procedimentos de conteúdo semelhante, mas não idêntico, no foro preferido pela parte em questão. O terceiro, privilegiar a parte já vencedora em outro caso idêntico, parando a repetição da demanda no outro foro. Por fim, evitar que o oponente obtenha o mesmo remédio, antes, naquele foro onde está litigando. Diz-se que as suspensões e as extinções podem atingir os mesmos objetivos, mas os "*antisuit injunctions*" são mais efetivos, quando não se consegue suspensão ou extinção naquele procedimento do outro foro.

Novamente, *mutatis mutandis*, o Reino Unido tentou algo parecido, com sucesso, perante a Corte Europeia de Justiça, quando invocou a disposição convencional de jurisdição exclusiva, o que acabou por impor à Irlanda que desistisse do procedimento perante o tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, embora não se faça referência expressa a esse *nomen juris*. Isso, em paralelo com uma preliminar de ausência de jurisdição, no procedimento perante aquele tribunal arbitral.

---

<sup>723</sup> Ibid. p. 503.

<sup>724</sup> Ibid. p. 503.

<sup>725</sup> Ibid. p. 504.

Evidentemente, podem existir outras soluções de natureza processual, para o problema dos procedimentos conflitantes em cortes e tribunais internacionais diferentes, mas o objetivo do trabalho é o de fornecer uma visão panorâmica do problema, com vistas a se saber, nesse ponto, se a fragmentação do Direito Internacional é um problema a ser solucionado e se, caso positivo, é algo solucionável.

Nessa toada, como se observou em todos os remédios estudados, há casos onde essas soluções de índole processual são adotadas, fazendo o outro procedimento ser suspenso, ser extinto, fazendo a outra parte desistir de litigar perante o outro corpo jurisdicional, declinando da jurisdição ou reunindo os procedimentos em um único foro. Há, inclusive, disposições como aquelas da Convenção de Bruxelas sobre Jurisdição e Cumprimento de Sentenças em Assuntos Comerciais e Cíveis<sup>726</sup> ou, no campo das arbitragens internacionais, as Recomendações da Associação de Direito Internacional (ILA)<sup>727</sup>, ou ainda, a Convenção de Lugano sobre Jurisdição e Cumprimento de Sentenças em Assuntos Cíveis e Comerciais, para os membros Associação de Livre Comércio Europeia<sup>728</sup>, os Princípios UNIDROIT<sup>729</sup>, dentre outras, que tentam uniformizar tais soluções. Há, até mesmo, uma proposta de Convenção de Haia sobre Jurisdição Internacional e Sentenças Estrangeiras em Assuntos Cíveis e Comerciais, que traz como soluções possíveis para a concorrência de procedimentos em diferentes cortes e tribunais internacionais o reconhecimento da *lis pendens*, da existência de litigância relacionada, o privilégio da eleição de foro, o Princípio do Foro Não-Conveniente, além dos "*antisuit injunctions*".

A questão da aplicação do Princípio *Lis Pendens* e do Princípio *Forum Non Conveniens*, nos procedimentos em paralelo, envolve diferenças paradigmáticas, como foi abordado por vários dos doutrinadores acima referidos. Convém detalhar melhor esse aspecto. Nesse sentido, Michaels<sup>730</sup> traz algumas colaborações bastante úteis.

Afirma o doutrinador que a doutrina do *forum non conveniens* é rejeitada na Europa, tendo a Corte Europeia de Justiça recusado permissão às cortes britânicas de aplicar essa doutrina em casos que envolvam quaisquer outros Estados-membros. Afirma-se que os europeus dão preferência à consistência e à predictibilidade, em detrimento da justiça em casos

---

<sup>726</sup> Ibid.p. 512.

<sup>727</sup> AYMONE, Priscila Knoll. **A Problemática dos Procedimentos Paralelos: O Princípio da Litispêndência e da Coisa Julgada em Arbitragem Internacional**. São Paulo: Faculdade de Direito da USP (tese de doutorado), 2001.p.22.

<sup>728</sup> GEORGE, James P. op. cit. p. 514.

<sup>729</sup> Ibid.p. 524.

<sup>730</sup> MICHAELS, Ralf. **Two Paradigms of Jurisdiction**. Ann Arbor: Michigan Journal of International Law, vol. 27, 2007.p.1006/1069.



individuais, enquanto os norteamericanos focam mais na justiça do caso individual, do que em consistência e preditibilidade. Michaels afirma que é verdadeiro que a preditibilidade tenha desempenhado um papel importante, para que a Corte Europeia de Justiça haja rejeitado a previsão do *forum non conveniens* na Convenção de Bruxelas.<sup>731</sup>

Porém, Michaels explica o fenômeno de forma diversa. Para os norte-americanos, esse princípio serve a duas finalidades, não cobertas satisfatoriamente, pela cláusula do devido processo legal. A primeira delas é a função da sintonia fina jurisdicional, que é o desenvolvimento de regras específicas para o caso individual. A segunda finalidade é a equilíbrio jurisdicional, que significa a alocação horizontal e internacional da jurisdição, tendo em vista as posições estrangeiras. Como na Europa ambas as funções são servidas pelas disposições jurisdicionais normais, o *forum non conveniens* não faz a menor diferença, como princípio. Explica Michaels que as cortes européias possuem maior discricionariedade que as norteamericanas, das quais, se exige mais formalismo.<sup>732</sup>

Na visão dos europeus, o Princípio *Forum non Conveniens* mostra-se desnecessário porque existe um grande número de normas, tratando da jurisdição, cada vez mais específicas e cobrindo vários temas. Se as regras sobre jurisdição já são finamente “sintonizadas”, não há a necessidade do juiz se preocupar com sintonia fina, para o caso concreto. Regras, como a Regulação de Bruxelas, já fazem, de antemão, uma análise, com base em qual foro será o conveniente. Em suma, um sistema jurisdicional, que já é, por natureza, horizontalizado, não necessita de uma instituição horizontal para suprir algum elemento faltante.<sup>733</sup>

Afirma Michaels, que a recíproca é verdadeira para o Princípio *Lis Alibi Pendens*, porque os norteamericanos não pensam que noções verticais de jurisdição implicam a supremacia ou a exclusividade de um procedimento sobre o outro. Logo, há uma diferença sensível de tratamento entre os dois regimes, o que dificulta a uniformização das soluções de natureza processual no Direito Internacional como um todo. Com efeito, os europeus tentam evitar a tramitação de dois feitos em paralelo, desde o início, com base nas regras derivadas do Princípio *Lis Pendens*. Se alguma das cortes já processa o caso, a segunda precisa declinar da jurisdição. Isso é possível, na Europa, apenas para ações relacionadas. Nos Estados Unidos, pelo contrário, uma regra estrita similar, só existe em fase posterior, porque a primeira decisão tomada é que se torna vinculante para todas as demais cortes. Assim, a Europa foca na prioridade da primeira corte provocada, enquanto os norteamericanos, por sua

---

<sup>731</sup> Ibid. p.1061.

<sup>732</sup> Ibid. p.1061.

<sup>733</sup> Ibid. p.1061/1062.

vez, priorizam o primeiro julgamento. O juiz norteamericano, assim, possui três opções, no caso de procedimentos em paralelo: pode paralisar o seu próprio procedimento, em favor da outra corte, com base no Princípio *Forum Non Conveniens*; pode tentar paralisar o outro procedimento, em outra corte, para favorecer o seu, pela utilização dos “*anti-suit injunctions*”; ou ainda, pode nada fazer, como se verá mais a frente, nas soluções de natureza não-processual. Essa liberdade é possível, porque não existem regras obrigatórias a respeito. Na Europa, os *anti-suit injunctions*, por exemplo, não são aceitos – com a ressalva, apenas, das cortes britânicas.<sup>734</sup>

Reafirma o doutrinador, portanto, que tais divergências decorrem das diferenças paradigmáticas apontadas, porque, na Europa, as regras sobre jurisdição são vistas como internacionais e multilaterais, de modo que, uma decisão de qualquer de suas cortes, necessariamente, inclui uma decisão sobre a jurisdição potencial das demais. Essa única decisão produz efeitos sobre todas as demais porque aquelas não podem invocar qualquer outro fator multilateral, que não seja inerente às mesmas provisões aplicadas pela corte em questão. Dessa forma, é errado pensar que a Convenção de Bruxelas não faz qualquer tentativa de decidir qual das duas cortes é a mais apropriada – o dogma de sua neutralidade -, porque, segundo Michaels, todas as regras daquela convenção internacional carregam a presunção de que a jurisdição é atribuída a cortes, que são, *a priori*, igualmente as apropriadas. Desse modo, nenhum outro teste de conveniência de foro é necessário.<sup>735</sup>

Nesse sentido, assinala Michaels, o *lis alibi pendens* consubstancia-se na solução formal de um conflito entre diferentes cortes, todas tidas como igualmente apropriadas, em relação às demais. No direito norteamericano, por seu turno, faz sentido que se trate dos procedimentos em paralelo, somente no estágio de reconhecimento, porque, até lá, cada corte afirma ou denega a sua própria jurisdição, relativamente às demais, em uma base unilateral, em relativa desconsideração sobre a situação das cortes dos demais Estados federados ou países.<sup>736</sup>

A diferença paradigmática ressaltada por Michaels também explicaria as diferenças de ponto de vista sobre os “*anti-suit injunctions*”. Os defensores de sua inclusão na Convenção de Bruxelas utilizam dois argumentos: dizem que a medida não é dirigida contra a outra corte, mas à parte, não interferindo contra a autonomia daquela; e também se alega que a medida

---

<sup>734</sup> Ibid. p.1062.

<sup>735</sup> Ibid. p.1063.

<sup>736</sup> Ibid. p.1063.

promove os ideais da Regulação de Bruxelas, porque auxiliam cortes estrangeiras a se desinvestirem do exercício de jurisdição, que, juridicamente, a rigor, não possuem.<sup>737</sup>

Tais argumentos, segundo Michaels, só fazem sentido no paradigma norteamericano. O primeiro argumento presume uma compreensão de jurisdição, na qual, a relação relevante é vertical, entre a corte e as partes, não a relação horizontal com as demais cortes. Na realidade, esse argumento se encaixa em um paradigma doméstico, porque os “*anti-suit injunctions*” auxiliam a corte a manter o litígio nos seus próprios domínios, superando a obstrução de uma das partes. Se essa obstrução se faz por atentado à corte ou pela propositura de ação no exterior, isso pouco conta. Em ambos os casos, a relação vertical entre a corte e a parte é o que conta, de modo que as medidas corte são dirigidas a ela. Logo, por mais fortes que esses argumentos sejam no paradigma norteamericano, são fracas no paradigma europeu, porque inegavelmente, interferem com a autonomia das demais cortes.<sup>738</sup>

De fato, o segundo argumento só faz sentido em um sistema unilateral, no qual, cada corte interpreta as regras sobre jurisdição isoladamente das demais. Em um paradigma multilateral, como o europeu, esse argumento é falho. Cada corte, decidindo sobre jurisdição, toma tal decisão de forma multilateral, devendo considerar todos os argumentos verticais, tendo em vista as alegações de que outra corte possui jurisdição e nenhuma corte pode impedir a outra de tomar essa decisão, de forma autônoma. A questão é encarada, da mesma forma, pelas outras cortes e nenhuma delas é hierarquicamente superior às demais.<sup>739</sup>

Dessa forma, diante dessa diferença paradigmática, entre os principais sistemas jurídicos do mundo, uma uniformização, quanto a soluções de natureza processual para a questão dos procedimentos em paralelo, conflito de jurisdição e, em última análise, para os efeitos deletérios do conflito estrutural ou institucional de cortes e tribunais internacionais, é muito difícil.

Em sendo assim, essa uniformização ainda não se mostra possível, sendo notado que as soluções adotadas, quando são adotadas, não são harmônicas, faltando previsibilidade, segurança jurídica. Por outro lado, quando são adotadas, como nos casos descritos, frequentemente, levam a resultados processuais e de mérito, bastante desapontadores, como ocorreu no Caso MOX e no Caso Southern Bluefin Tuna.

Na realidade, é ingênuo achar que o Direito Processual, por si só, seja capaz de evitar a fragmentação do Direito Internacional, em razão de decisões díspares sobre os mesmos

---

<sup>737</sup> Ibid.p.1063.

<sup>738</sup> Ibid. p.1063.

<sup>739</sup> Ibid. p.1064.

temas, ou mesmo, em casos extremos, com as mesmas partes, causa de pedir e pedido. Diz-se que se trata de algo ingênuo, porque essa uniformização de medidas de natureza processual, mais fácil no interior de um direito interno, é bastante complicada de ser obtida no meio internacional, o qual, por natureza, apresenta-se descentralizado e não-hierarquizado, além de forjado a partir de tradições jurídicas bastante distintas e, muito mais calcado no equilíbrio de força, do que em princípios jurídicos ou morais, mesmo nos dias de hoje<sup>740</sup>.

Assim sendo e, além disso, com o perdão dos utópicos e quixotescos, não se pode supor que essa característica do Direito Internacional como um todo não vá embeber os procedimentos existentes nas cortes e tribunais internacionais, como se os juízes internacionais fossem vestais técnico-jurídicas, virgens da influência do político. Diga-se de passagem, isso não se dá sequer no ambiente nacional, onde, na melhor das hipóteses, observa-se ação do consequencialismo nas decisões judiciais. Se determinado tribunal arbitral, corte regional ou qualquer órgão judiciário puder lançar mão de uma solução de natureza processual, para impedir soluções díspares, relativamente a outro órgão julgador, isso jamais poderá ser tido como algo certo ou seguro, ou que a mesma solução venha ser aplicada em hipótese absolutamente semelhante, como assinala Dupuy<sup>741</sup>, em um texto, que parece ter sido escrito em resposta a ponderações de Delmas-Marty.

Sem embargo, afirma Dupuy que, além de todas as instituições jurídicas, de fato, é na cabeça dos juízes, mesmo, que a questão é resolvida. Caso eles se convençam da necessidade de aplicação harmonizada das regras de Direito Internacional, a unidade deste estará assegurada. Se por cultura ou incompetência, pensem de forma contrária, desconhecendo essa unidade fundamental, ela pode vir a desaparecer.<sup>742</sup>

Por isso, convém observar se a fragmentação do Direito Internacional pode ser evitada, nesse viés da quebra do sistema, pelas decisões díspares providas pelos seus órgãos julgadores, através de outro tipo de solução, que não o meramente processual. Como regra, tais soluções possuem algum viés não-jurídico, um viés político.

#### 2.6.1.2 Possíveis Soluções de Outra Natureza para o Conflito

Uma dessas soluções de natureza não puramente processual, diante da existência de procedimentos conflitantes em diferentes órgãos judiciários, na esfera internacional, que,

---

<sup>740</sup> BECK, Ulrich. *La Mirada Cosmopolita o La Guerra es La Paz*. op. cit. p. 181/224.

<sup>741</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *Unité d'Application du Droit International à L'Echelle Globale et Responsabilité des Juges*. Fiesole: European Journal of Legal Studies, vol. 1, n.2, 2007.p.1/27.

<sup>742</sup> Ibid. p.1/2.

aliás, mostra-se bastante interessante, é "nada fazer".<sup>743</sup> Ainda que o contexto dessa decisão seja o feito proposto em corte internacional, filosoficamente, tal decisão não pode ser considerada processual, em sentido mais estrito.

Afirma George, que tanto no ambiente interestadual, quanto no ambiente estadual-federal, nos Estados Unidos, além do ambiente internacional, a mera duplicação de ações, não necessariamente, deve levar ao uso de algum remédio, na falta de um tratado ou lei reguladora. Muitas jurisdições permitem que o procedimento prossiga, de modo que o primeiro a ter um julgamento, eventualmente, pode vir a ter efeitos preclusivos sobre o outro.<sup>744</sup> Como se viu, anteriormente, é o que ocorre no paradigma norteamericano. Evidentemente, a solução ao estilo avestruz, trazida por George, não parece ser útil para os fins do presente trabalho – já que se procura saber se há alguma solução possível para o conflito de jurisdições internacionais e o nada fazer, também, nada soluciona -, muito embora, diante da ausência de qualquer regulamentação geral e vinculante, na esfera internacional, seja bastante popular.

Há outros tipos de tentativas de solução do problema das jurisdições internacionais conflitantes, o que, em termos mais ampliados, da própria fragmentação do Direito Internacional.

Algumas dessas soluções possíveis estão diretamente relacionadas com a Corte Internacional de Justiça, atuando como garantidora da unidade do Direito Internacional<sup>745</sup>. Nesse sentido, afirma Oellers-Frahm que o perigo do conflito internacional de jurisdições requer mais atenção do que afirmaria a Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual, o conflito de jurisdições seria um fenômeno comum a todos os sistemas jurídicos, nos quais, certas cortes não são hierarquicamente integradas.<sup>746</sup>

Em sendo dessa forma, bem como, pelo fato do Direito Internacional, no seu estágio atual, não oferecer meios suficientes para prevenir o conflito de jurisdição internacional, com o que a presente tese concorda veementemente – e, exatamente por essa crença, a própria tese é elaborada -, a doutrinadora entende ser necessário analisar, com mais vagar, a proposta do então Presidente Guillaume, da própria Corte Internacional de Justiça, segundo a qual, aquela deveria servir como um órgão central para questões de interpretação e aplicação do Direito Internacional, devendo ser referida pelas outras cortes, ou ainda, ser utilizada como um órgão

---

<sup>743</sup> GEORGE, James P. op. cit. p. 502.

<sup>744</sup> Ibid. p. 502.

<sup>745</sup> OELLERS-FRAHM, Karin. op. cit. .p. 91/104.

<sup>746</sup> Ibid. .p. 91.

consultivo, pelo Conselho de Segurança ou pela Assembleia Geral das Nações Unidas, nos termos do artigo 96, parágrafo primeiro, da Carta das Nações Unidas.<sup>747</sup>

Como a Corte Internacional de Justiça seria a única corte com jurisdição universal, *ratione personae e ratione materiae*, tal proposta, no entender de Oellers-Frahm, pareceria bastante convincente. Mas, haveria sérias objeções<sup>748</sup>.

Quanto à função consultiva da Corte Internacional de Justiça, afirma, já existe o artigo 96, parágrafo primeiro, que prevê que o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral, que são órgãos políticos, solicitem opiniões consultivas, sobre qualquer questão jurídica. Bastaria, por conseguinte, que tais órgãos, sem a necessidade de qualquer emenda na Carta das Nações Unidas ou do Estatuto da Corte, solicitassem tais opiniões sobre Direito Internacional à Corte Internacional de Justiça, por conta própria ou por solicitação de outros órgãos jurisdicionais. Tais opiniões consultivas seriam, em princípio, não consultivas. Logo, tal solicitação à Corte Internacional de Justiça, segundo os termos das normas atualmente existentes, seria possível. Mas, comenta Oellers-Frahm, no Direito Internacional, a mera viabilidade não é suficiente, sendo essencial que ocorra aceitação.<sup>749</sup>

O que a doutrinadora destaca é que, em se tratando de questões jurídicas, ainda pendentes de julgamento em outros órgãos judiciariformes, sobre as quais o Conselho de Segurança ou a Assembleia Geral solicitem opinião consultiva para a Corte Internacional de Justiça, não necessariamente, ocorrerá uma aceitação, por parte dos órgãos judiciariformes envolvidos, ou mesmo, dos interessados diretos.<sup>750</sup>

Analisando criticamente a mencionada tentativa de solução do afirmado problema de fragmentação do Direito Internacional, é muito mais provável que a atuação da Corte Internacional de Justiça, nesse caso da opinião consultiva em paralelo aos procedimentos em curso, vá complicar, ainda mais, a busca de segurança jurídica. Se os Estados submetem as suas questões a outros órgãos judiciariformes, que não a Corte Internacional de Justiça, a vontade deles será desconsiderada, por organização internacional, da qual, em princípio, também devem fazer parte, em se solicitando uma opinião consultiva, justamente para a dita Corte. Mesmo, em se produzindo um ato não vinculante, como resultado. Tendencialmente, tal opinião será apenas mais uma visão jurídica sobre o tema, podendo representar um entendimento totalmente divergente, daquele expresso por algum dos órgãos judiciariformes

---

<sup>747</sup> Ibid. p. 92.

<sup>748</sup> Ibid. p. 92.

<sup>749</sup> Ibid. p. 92.

<sup>750</sup> Ibid. p. 92.

envolvidos, ou ainda, por todos eles. Isso somente contribuirá para a babelização, ainda maior, do Direito Internacional. Oellers-Frahm apresenta objeção similar.<sup>751</sup>

Oellers-Frahm destaca duas possibilidades: uma, na qual, as cortes fazem parte do sistema das Nações Unidas; outra, na qual, isso não ocorre. No primeiro caso, tais entes judiciariformes tenderiam a aceitar melhor, inclusive, que essa solicitação passasse pela Assembleia Geral ou pelo Conselho de Segurança. Ainda assim, poderia ocorrer resistência, pelo fato de ambos serem órgãos de natureza política, os quais teriam o poder de decidir, não apenas, se a questão seria levada à Corte Internacional de Justiça, como também, com qual formulação isso se daria.<sup>752</sup>

Observou Oellers-Frahm que os dois únicos órgãos judiciariformes, que, até o momento, não teriam se oposto à utilização da Corte Internacional de Justiça como órgão consultivo, teriam sido dois tribunais penais *ad hoc*: o da Ex-Iugoslávia e o de Ruanda. Mesmo outros órgãos, criados sob os auspícios das Nações Unidas, como o Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS) e o Tribunal Penal Internacional, além de órgãos judiciariformes de suas agências especializadas ou equivalentes (deu-se o exemplo dos órgãos judiciariformes da Organização Mundial do Comércio), teriam se oposto a esse uso consultivo da Corte Internacional de Justiça.<sup>753</sup>

Oellers-Frahm afirma, no entanto, que haveria uma necessidade desta “interpretação autêntica” do Direito Internacional, mesmo no caso de corpos judiciariformes pertencentes à “família” das Nações Unidas, dando como exemplo o Caso Tadic, já comentado, além da decisão sobre a legalidade da criação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, que poderia ser lançada sob a forma de opinião consultiva, pela Corte Internacional de Justiça, mas acabou por ser proferida pelo próprio tribunal, cuja legalidade da criação seria discutida.<sup>754</sup>

No caso de órgãos judiciariformes externos à estrutura das Nações Unidas, seria muito mais complicado falar na atuação da Corte Internacional de Justiça, quanto às questões de interpretação e aplicação do Direito Internacional, conforme salienta. Um exemplo da resistência de tais órgãos seria o da manifestação em julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual se teria falado da natureza autônoma daquela. Tais cortes e tribunais internacionais – à exceção dos tribunais internacionais *ad hoc* – são criados, em geral, por tratados, porque os Estados-parte sentem a necessidade de instituir um tribunal

---

<sup>751</sup> Ibid.p. 92.

<sup>752</sup> Ibid. p. 93.

<sup>753</sup> Ibid. p. 93.

<sup>754</sup> Ibid. p. 93.

especial, seja ele regional, ou sobre um tema específico, que melhor satisfaça as suas demandas, que outros tribunais já existentes, em particular, a Corte Internacional de Justiça, ou ainda, que lhes seria mais conveniente, por exemplo, por permitir o ingresso de novos atores do Direito Internacional.<sup>755</sup>

Sobre esse ponto, afirma Oellers-Frahm, que o alargamento da competência da Corte Internacional de Justiça para contemplar, igualmente, organizações internacionais, ou mesmo, indivíduos – nem que o fosse, apenas, para opiniões consultivas -, eliminaria um grande número de problemas, relacionados a conflito institucional de jurisdições internacionais.<sup>756</sup>

O caso do Tribunal Internacional de Direito do Mar seria bastante ilustrativo dessa situação, apesar dele haver sido criado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, porque o seu sistema de adjudicação permite a escolha entre a Corte Internacional de Justiça, o dito tribunal internacional, um tribunal arbitral ou um tribunal arbitral especial, como ocorreu no Caso MOX. Como explica, seria muito difícil de entender porque um dado Estado, que já havia escolhido qualquer outro corpo jurisdição, que não a Corte Internacional de Justiça, haveria de querer que a referida instituição emitisse opinião consultiva sobre a questão jurídica discutida em seu caso, que tramita perante qualquer outro tribunal.<sup>757</sup>

Quanto à referência direta à Corte Internacional de Justiça, por corte e tribunais internacionais, para fins de unificação da interpretação e da aplicação do Direito Internacional, ressaltando a doutrinadora que, apesar de ter maior possibilidade de ser aceita, por cortes internacionais e Estados envolvidos, teria o problema da inexistência de um filtro de admissibilidade, para que essa função consultiva pudesse ser acionada.<sup>758</sup>

Afirma a doutrinadora que, caso a Corte Internacional de Justiça, empoderada com o alargamento de suas competências, com mais essa função consultiva, inadmitisse alguma solicitação, por razões de adequação jurídica, isso pareceria algo altamente questionável – muito embora, essa inadmissão, até o momento, não tenha ocorrido.<sup>759</sup>

A providência, de qualquer modo, requereria uma alteração estatutária, além de uma previsão específica nos tratados ou convenções, criadores dos órgãos judicariiformes envolvidos.<sup>760</sup>

---

<sup>755</sup> Ibid. p. 94.

<sup>756</sup> Ibid. p. 94.

<sup>757</sup> Ibid. p. 95.

<sup>758</sup> Ibid. p. 97.

<sup>759</sup> Ibid. p. 97/98.

<sup>760</sup> Ibid. p. 98.



Em sendo adotadas tais providências, não haveria mais qualquer sistema “fechado” para a Corte Internacional de Justiça, no que toca a questões controversas de aplicação e interpretação do Direito Internacional, apesar dos Estados continuarem livres para introduzirem, se assim desejarem, tais cláusulas, nos mecanismos de solução de controvérsia dos tratados e convenções. Caso sejam introduzidas tais cláusulas nos tratados e convenções, isso constituiria um meio efetivo, no entender da doutrinadora, de evitar conflito de jurisdição internacional, assim mesmo, caso os órgãos judiciariformes façam bom uso do instrumento.<sup>761</sup>

Haveria, igualmente, a possibilidade de criação de outro órgão, neutro, de natureza não-política, com a função de realizar a triagem das questões, que seriam admitidas na Corte Internacional de Justiça, nessa nova função consultiva. Afirma inexistirem obstáculos sérios – quem sabe, a não ser a enorme inadimplência financeira dos Estados em relação às obrigações para com as Nações Unidas... – para a criação de um ente desses, que poderia ser ligado ou autônomo, em relação à Corte Internacional de Justiça, indicando, porém, a mencionada corte, os seus membros, dentre juristas de escol.<sup>762</sup>

Sendo um pouco mais otimista, quanto à atuação da Corte Internacional de Justiça, no topo de um esquema ideal de integração orgânica vertical, está Dupuy<sup>763</sup>.

Na sua visão, a Corte Internacional de Justiça ocuparia o topo da hierarquia judiciária, impondo a sua autoridade a todas as outras jurisdições internacionais, ao menos, na função de interpretação das regras de Direito Internacional geral, que pudessem ser aplicadas por todos, o que poderia ocorrer com a consagração formal da referida corte como uma corte suprema do sistema internacional, passando a possuir uma competência prejudicial, podendo ser estendida a sua jurisdição consultiva e, ainda, podendo haver uma competência obrigatória, para que ela passe a atuar como uma espécie de tribunal internacional dos conflitos. Teria ela o poder de determinar qual órgão jurisdicional seria competente para processar e julgar um diferendo internacional, na hipótese de conflito de jurisdição.<sup>764</sup>

Assim, a Corte Internacional de Justiça teria a competência da competência, como uma suprema corte de direito interno, muito embora não receba os seus poderes jurisdicionais de última instância do soberano, mas de todos os soberanos, que, por delegação, resolvam fazer parte do seu tratado constitutivo – e do tratado constitutivo das órgãos jurisdicionais envolvidos no conflito, igualmente -, algo que, atualmente, parece muito longe de acontecer.

---

<sup>761</sup> Ibid. p. 98.

<sup>762</sup> Ibid. p. 98.

<sup>763</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Unité d'Application du Droit International à L'Echelle Globale et Responsabilité des Juges**. op. cit. p.11.

<sup>764</sup> Ibid. p. 11.

Outro meio institucional de lidar com o conflito de "jurisdições" internacionais, não se refere propriamente às cortes em si, mas, a disposições legislativas ou convencionais, que estipulem normas gerais sobre o tema, uniformizando o tratamento. Nesse sentido, se destacam os tratados e as leis-modelo, movimento que se iniciou, ainda, em meados do século vinte, com base em discussões ocorridas no âmbito das convenções de Haia, no UNIDROIT e no American Law Institute.<sup>765</sup>

Afirma George que existem, atualmente, dez tratados ou leis-modelo, em pleno vigor ou em fase de projeto, que, de algum modo, tratam da questão da litigância em paralelo, sem falar em duas normas-modelo norteamericanas, que são dirigidas para o direito interno, mas podem ser úteis para o estudo, em função de suas definições e estrutura.<sup>766</sup>

No âmbito europeu, há uma referência à Convenção de Bruxelas sobre Jurisdição e Cumprimento de Sentença, em Matéria Civil e Comercial, que teria sido o primeiro modelo internacional, para solucionar problemas, envolvendo litigância em paralelo. O tema é dividido na convenção em três categorias (ações idênticas, ações relacionadas e ações com competência exclusiva), existindo a crítica do uso da expressão *lis pendens* para ações relacionadas, o que, no entender de George, cria dubiedade, pois, em determinado sentido *lis pendens* exige a existência de ações idênticas.<sup>767</sup>

O conteúdo sumarizado da mencionada tentativa de padronização de tratamento do problema, na Convenção de Bruxelas, engloba a preferência da primeira ação protocolizada, no caso de ações idênticas; a permissão de suspensão de ações idênticas, movidas posteriormente; a validade da cláusula de eleição de foro; a permissão de extinção de qualquer ação relacionada, seja a primeira, seja a última, quando a união das ações seja possível, com base na norma nacional; dentre outros aspectos.<sup>768</sup>

Outro instrumento utilizado no âmbito europeu, para o mesmo fim, é a Convenção de Lugano, que possui redação similar à da Convenção de Bruxelas, mas se dirige aos membros da Associação Europeia de Livre Comércio.<sup>769</sup>

Por fim, no âmbito europeu, também há a Convenção da União Europeia sobre Procedimentos de Insolvência, a qual, em seu artigo 15, regula as suspensões dos procedimentos em questão, no interior do bloco.<sup>770</sup>

---

<sup>765</sup> GEORGE, James P. op. cit. p.511.

<sup>766</sup> Ibid. p.511.

<sup>767</sup> Ibid. p.511/512.

<sup>768</sup> Ibid. p.514.

<sup>769</sup> Ibid. p.514.

<sup>770</sup> Ibid. p.515.

Nos Estados Unidos, existe o Ato Uniforme de Procedimento Interestadual e Internacional, dirigido a resolver conflitos jurisdicionais em cortes estaduais, envolvendo incidentes interestaduais ou internacionais; além do Ato Uniforme de Declínio de Competência, que veio substituir a aplicação, pura e simples, do Princípio do *Forum Non Conveniens*.<sup>771</sup> Também nos Estados Unidos, há o Ato Modelo de Conflito de Jurisdição, projeto de autoria da American Bar Association, que passou a ser adotado por Connecticut, em 1991.<sup>772</sup>

Sem prejuízo das tentativas de padronização, levadas a efeito no plano regional europeu e no plano federal norteamericano, existem aquelas de autoria de grupos internacionais, como ocorreu com a proposta da Convenção de Haia sobre Jurisdição Internacional e Julgamentos Estrangeiros em Assuntos Comerciais e Cíveis, que se relaciona com conflitos de jurisdição *ratione personae* e *ratione materiae*. Ao contrário da Convenção de Bruxelas, trata de *lis pendens*, no sentido de ações idênticas, mas não se refere expressamente a ações relacionadas. Mas, o assunto é indiretamente tratado no ponto sobre *forum non conveniens*.<sup>773</sup>

Outro exemplo de tentativa de padronização, vindo de grupos internacionais, é o dos Princípios ALI (American Law Institute)/UNIDROIT, que contém 28 princípios e 29 normas, que se chama "Princípios e Regras de Procedimentos Transnacionais Cíveis". Interessante a observação de George, que, apesar de existir um tópico sobre *lis pendens* e *res judicata*, não há qualquer referência aos remédios, que poderiam ser aplicados, no caso de litigância em paralelo.<sup>774</sup> O que, de certa forma, dá a medida da dificuldade de fazê-lo, em um ambiente tão complexo, como é a realidade fora dos sistemas internos, federais e regionais.

Por outro lado, os Princípios de Londres-Louvain sobre Declínio de Jurisdição e Propositura, em Assuntos Cíveis e Comerciais, da Associação de Direito Internacional (ILA), são tidos como a mais direta e mais bem-sucedida tentativa de padronização do tema, focando apenas em litigância em paralelo e destinando-se para aplicação no campo internacional.<sup>775</sup>

Pelo que se observa da descrição trazida, há duas formas de implementar essas tentativas de padronização da litigância em paralelo, evitando o conflito de "jurisdições" internacionais: ou isso é feito através de um instrumento convencional, diretamente, o que implica restringir o objeto de aplicação e o próprio número de Estados-membros, aos quais, se

---

<sup>771</sup> Ibid. p.511.

<sup>772</sup> Ibid. p.516.

<sup>773</sup> Ibid. p.522/523.

<sup>774</sup> Ibid. p.524.

<sup>775</sup> Ibid. p.524/525.

dirigirá o tratado ou convenção, por conta das dificuldades de negociação, decorrentes da complexidade inerente à existência de diversos regimes jurídicos distintos. Outra forma se dá pela criação de princípios gerais, através de especialistas da área, que podem vir a ser apropriados por tratados e convenções, indiretamente, o que já é feito, com bastante sucesso, no Caso dos Princípios UNIDROIT, em temas de Direito Internacional Privado. A vantagem desse segundo método é a rapidez na elaboração das normas; a preservação de aspectos técnicos, uma vez que, as discussões se darão entre especialistas, não entre políticos e diplomatas, ao menos, no primeiro momento; a aparente neutralidade técnica, que tende a eliminar obstáculos de índole política. Porém, ainda assim, imaginar que normas padronizadoras, insculpidas em tratados e convenções, de modo a eliminar os conflitos entre os diferentes órgãos judicioriformes, existentes na esfera internacional, possam vir a imperar, no curto espaço de tempo e envolvendo grande número de atores internacionais, auxiliando no combate à fragmentação do Direito Internacional como um todo, mostra-se um anelo de concretização bastante distante e improvável.

Existem também soluções que não são puramente processuais, mas podem ser assim utilizadas, tal como ocorre com a deferência a outra corte, que detenha ação similar ou relacionada. Isso foi o que ocorreu, precisamente, no Caso Mox. Porém, não há como supor que vá ocorrer sempre, dependendo de circunstâncias políticas e pessoais, que não são cientificamente previsíveis, não se podendo generalizar ou estabelecer leis. Acerca do tema, Benvenisti e Downs destacam que a cooperação ou a coordenação jurisdicional são mais fáceis de se obter, quando se trata de cortes nacionais, em suas relações, do que entre cortes internacionais entre si, porque estes estariam constantemente preocupados pela constante ameaça de maior fragmentação e perda de competências para tribunais concorrentes. Se não há espaço para cooperação entre cortes internacionais, que dirá, para a massiva prática da deferência jurisdicional, com a subsequente suspensão dos próprios procedimentos e/ou remessa da questão para outra corte internacional.<sup>776</sup>

Uma outra hipótese de solução adotada em cada processo, mas, que não se reveste de um caráter exclusivamente processual, é a adoção do chamado "Método Solange", que é uma ferramenta, para regular a competição entre diferentes jurisdições internacionais.<sup>777</sup>

O termo não diz respeito a um prenome feminino, como aparenta, mas à expressão germânica "*so lange*", que poderia ser traduzida, livremente, por "na medida em que" ou

---

<sup>776</sup> BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. **National Courts, Domestic Democracy and the Evolution of International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 20, n.1, 2009.p.68.

<sup>777</sup> LAVRANOS, Nikolaos. op. cit. p.576.

"tanto quanto". Fica mais fácil compreender o conceito, quando se estuda a sua origem, que foi um julgamento na Corte Constitucional Alemã, de 1974 (chamado, posteriormente, de Caso Solange I), no qual, se discutia a possibilidade daquela corte abrir mão de uma parcela de sua reserva de jurisdição ou ampliar os seus poderes jurisdicionais, tendo em vista a jurisdição da Corte Europeia de Justiça.<sup>778</sup>

Havia um potencial conflito entre pretensões de supremacia da corte europeia, relativamente às cortes nacionais, por conta da expansão do Direito Comunitário e da crença da corte europeia, de que teria uma jurisdição exclusiva - não lembra o Caso Mox? A Corte Constitucional Alemã, conforme salienta Lavranos, sempre considerou a questão dos direitos fundamentais como uma área, na qual, a corte europeia não poderia ingressar, havendo reserva de jurisdição.<sup>779</sup>

Assim, afirmou a Corte Constitucional alemã que, até que a Europa possuísse um catálogo de direitos fundamentais, adequado à constituição alemã, a Corte Constitucional Alemã continuaria atuando, para verificar a compatibilidade da medida comunitária com a sua constituição. Se o nível de proteção de direitos fundamentais não fosse considerado adequado - como assim foi considerado no caso específico em questão -, a corte alemã se consideraria incapaz de abandonar a sua jurisdição, em favor de uma jurisdição exclusiva da corte europeia, como pretendido.<sup>780</sup>

Essa posição foi mitigada no Caso Solange II, porque se considerou que, como a Corte Europeia de Justiça havia possibilitado a proteção efetiva de direitos fundamentais contra atos de órgãos públicos, comparáveis aos níveis mínimos existentes na constituição alemã, a Corte Constitucional Alemã não iria exercer a sua jurisdição, revendo as medidas jurídicas europeias, mencionadas no caso concreto, o que significou que aquela corte teria aceitado a interpretação, segundo a qual, a interpretação dada pela Corte Europeia de Justiça, no tocante ao Direito Comunitário, seria legítima e vinculante a todos os demais órgãos jurisdicionais alemães, inclusive a corte suprema.<sup>781</sup>

Porém, o Tratado de Maastricht, de 1992, teria introduzido novos conflitos na relação Corte Europeia de Justiça e Corte Constitucional Alemã, porque o longo alcance de alguns componentes do tratado, como foi o caso da moeda única e do banco central europeu, política

---

<sup>778</sup> Ibid. p.607.

<sup>779</sup> Ibid. p.607.

<sup>780</sup> Ibid. p.607/608.

<sup>781</sup> Ibid. p.608.

externa e de segurança comuns, cooperação jurisdicional e policial, teria sido demais para a Corte Constitucional Alemã "engolir".<sup>782</sup>

Dessa forma, a Corte Constitucional Alemã retornou para o entendimento anterior, referido no Caso Solange I, de modo que, a norma comunitária não seria aplicável na Alemanha, sob certas condições, as quais, por sua vez, foram definidas pela corte. De um modo geral, a corte focou na distância entre o ato praticado pela Comunidade Europeia e o alcance da ratificação alemã do Tratado de Maastricht.<sup>783</sup>

Mas, o que os Casos Solange I, II e III, da Corte Constitucional Alemã teriam a ver com conflito de "jurisdições" internacionais? Na realidade, eles forneceriam, segundo Lavranos, uma ferramenta útil para a solução desses conflitos, manejada pelo juiz da causa, em qualquer órgão judiciariforme internacional. Assim, por exemplo, no Caso MOX, ao invés de haver firmado a sua jurisdição exclusiva, a Corte Europeia de Justiça poderia ter optado por declinar de sua jurisdição, aplicando o Método Solange, fazendo com que as partes debatessem a questão apenas no tribunal arbitral, do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, para que fosse obtida uma decisão final. Dessa forma, a Corte Europeia de Justiça poderia ter respeitado a jurisdição daquele tribunal arbitral e teria evitado que as partes litigassem novamente, perante aquela corte europeia, evitando o risco de decisões potencialmente conflitantes. Tal atitude teria reduzido a extensão dos procedimentos, de forma considerável, conforme opina.<sup>784</sup>

Tal movimento, caso houvesse sido feito pela Corte Europeia de Justiça, não teria trazido qualquer risco, porque o tribunal arbitral, do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, mostrou tanta consideração pela jurisdição da Corte Europeia de Justiça, que se poderia assumir, teria semelhante consideração pela jurisprudência daquela corte. Assim, também o risco de uma decisão divergente ou conflitante, da parte daquele tribunal arbitral, também seria muito baixo. Não haveria qualquer motivo para que a Corte Europeia de Justiça se preocupasse com a aplicação uniforme do Direito Comunitário, entre os Estados-membros, como afirma. Porém, a Corte Europeia de Justiça não dá qualquer sinal de que, um dia, venha a aplicar o Método Solange, relativamente a qualquer corte ou tribunal, em geral. Pelo contrário, aferra-se à tese da máxima jurisdição exclusiva.<sup>785</sup>

Da mesma forma, no Caso MOX, o tribunal arbitral OSPAR também não estava inclinado a aplicar o Método Solange e, conseqüentemente, declinar de sua jurisdição. Se o

---

<sup>782</sup> Ibid. p.608/609.

<sup>783</sup> Ibid. p.609.

<sup>784</sup> Ibid. p.617.

<sup>785</sup> Ibid. p.617.

tivesse feito, as partes teriam de ir à Corte Europeia de Justiça e o Direito Comunitário relevante teria sido aplicado ao caso. Isso possibilitaria a aplicação uniforme do Direito Comunitário. No mínimo, aquele tribunal arbitral teria de adotar o Direito Comunitário relevante e a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, em seu julgamento, ao invés de adotar uma abordagem diferenciada.<sup>786</sup>

O que diz Lavranos, em outras palavras, é que a técnica em questão, em que pese ser uma ferramenta útil, em não sendo vinculante - e, na esfera internacional, para ser vinculante, enfrentaria uma série de etapas de difícil superação, diga-se de passagem -, não pode ser considerada, em si mesma, uma "solução" para o conflito de jurisdição internacional, ou em termos mais latos, para o risco de fragmentação do Direito Internacional.

Outro tipo de solução não-processual para a questão diz respeito ao diálogo entre cortes internacionais e juízes internacionais<sup>787</sup>. Como afirma Frydman, esse comportamento já é natural nos julgadores. De forma bastante irônica, o doutrinador afirma que “descobrimos repetidamente que os juízes dialogam” e que “temos a necessidade de dialogar” sobre esse diálogo.<sup>788</sup>

O direito apresenta um caráter dialógico em si mesmo, historicamente, como demonstra a prática das citações cruzadas – ressava-se o fato de ser tal prática universal, em termos de conhecimento de natureza científica, porque qualquer conhecimento, marginalmente novo, assenta-se sobre pilhas de conhecimentos antigos... -, de modo que, esse diálogo nada teria de novo. O que indaga Frydman é a razão desse recente interesse no tema.<sup>789</sup>

O interesse, responde ele, não está no diálogo em si, mas nas novas formas, pelas quais é feito, mas, principalmente, pelas fronteiras que atravessa – dos Estados e continentes, ordens jurídicas e instituições políticas. O que realmente importa é esse diálogo como uma maneira de dizer o Direito, de descobri-lo e de fabricá-lo. Acima de tudo, essa nova realidade representa o declínio do nacionalismo metodológico<sup>790</sup>.

---

<sup>786</sup> Ibid. p.617.

<sup>787</sup> GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Les Juges dans la Mondialisation: La Nouvelle Révolution du Droit**. Paris: Seuil, 2005. p.63.

<sup>788</sup> FRYDMAN, Benoît. **Le Dialogue International des Juges et La Perspective Idéale d'une Justice Universelle**. In [www.philodroit.be/IMG/pdf/B.\\_Frydman\\_-\\_Conclusion\\_-\\_Le\\_dialogue\\_international\\_des\\_juges\\_-\\_30\\_mars\\_2007.pdf?lang=fr](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._Frydman_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf?lang=fr). Acesso em 26/03/2016. p.1.

<sup>789</sup> Ibid. p.1.

<sup>790</sup> BECK, Ulrich. *Pouvoir et Contre-Pouvoir à L'Heure de La Mondialisation*. Paris: Flammarion, 2003.p.105.apud FRYDMAN, Benoît. **Le Dialogue International des Juges et La Perspective Idéale d'une Justice Universelle**. In [www.philodroit.be/IMG/pdf/B.\\_Frydman\\_-\\_Conclusion\\_-\\_Le\\_dialogue\\_international\\_des\\_juges\\_-\\_30\\_mars\\_2007.pdf?lang=fr](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._Frydman_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf?lang=fr). Acesso em 26/03/2016.p.2.

O diálogo entre os juízes, como sustenta, representa uma superação da fronteira nacional, que é emancipatória para os juízes, manifestando-se, inicialmente, sob a forma de institutos como o reenvio prejudicial – fazendo o doutrinador referência ao mecanismo comunitário, dirigido à Corte Europeia de Justiça – e do acesso, por recurso individual, à Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>791</sup>

Porém, há modalidades mais inovadoras, como o uso da Internet para acessar bases de dados jurisprudenciais e os grupos de discussão. Também existem os encontros presenciais – pergunta o doutrinador o que um juiz contaria a outro, senão “estórias de jurisprudência” -, fazendo Frydman menção aos encontros trienais dos juízes das cortes constitucionais europeias, além dos encontros com acadêmicos em colóquios internacionais. Se refere o doutrinador, igualmente, às visitas informais trocadas por juízes da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte de Justiça Europeia. Da mesma forma, há o encontro de numerosos juízes internacionais, que estão lotados em instituições judiciais, em Haia, em determinado restaurante da cidade, onde impera certo “espírito de clube”.<sup>792</sup>

Frydman relaciona dentre essas modalidades de diálogo as citações cruzadas, que fazem as cortes nacionais e internacionais, horizontais ou verticais.<sup>793</sup> Mais ainda, não é incomum que determinadas decisões se inspirem na jurisprudência estrangeira, ainda que não haja uma citação explícita.<sup>794</sup>

Mas, qual seria a natureza jurídica desse fenômeno? Há quem atribua a essa citação cruzada natureza e valor de mero argumento. No que toca ao valor jurídico, alguns entendem tratar-se de um argumento de autoridade, no sentido de poder, por conta da consideração particular, que se dá a alguém, em função de sua posição, experiência ou competência reconhecida. Trata-se de uma expressão utilizada pelos juristas, quando é invocada a “autoridade de um precedente”, como salienta.<sup>795</sup>

Assim, a tomada de decisão estrangeira, adotada por outra jurisdição, é considerada como um elemento importante da razão jurídica, que convém levar em conta, ou, ao menos, não descartar de imediato.<sup>796</sup>

Essa prática da citação de um precedente estrangeiro, porém, se dá sob a forma de um exame do Direito Comparado, assumindo importância, quando se pretende mostrar a

---

<sup>791</sup> FRYDMAN, Benoît. op. cit. p.2/3.

<sup>792</sup> Ibid. p.4.

<sup>793</sup> Ibid. p.5.

<sup>794</sup> Ibid.p.6.

<sup>795</sup> Ibid.p.7/8.

<sup>796</sup> Ibid. p.8.



existência de alguma espécie de consenso internacional sobre o tema, seja entre diferentes jurisdições nacionais, seja entre diferentes jurisdições internacionais regionais ou universais.<sup>797</sup>

Porém, no entender de Frydman, o que está velado é a perspectiva implícita de que existe uma justiça universal. A prática de tais citações tem levado a severas críticas, fazendo nascer expressões depreciativas como “turismo judiciário” e “*sherry picking*”. Evidentemente, quando a cereja escolhida não é a que interessa ao crítico. Haveria uma instrumentalização do Direito Comparado, para se chegar a conclusões contestáveis.<sup>798</sup>

Ocorre que tais citações não teriam a pretensão de realização de uma exposição científica, sendo uma estratégia argumentativa. Ocorre o mesmo, quando se faz citação de precedentes jurisprudenciais nacionais ou da própria corte. É algo bastante diferente de se fazer uma citação de referência doutrinária.<sup>799</sup>

O fenômeno também pode ser entendido como uma forma de reconhecimento mútuo e de um horizonte comum. É considerar pertinente a comparação dos regimes jurídicos distintos. Em outras palavras, a prática pressupõe a possibilidade de uma regra universal.<sup>800</sup> Nesse sentido, o diálogo dos juízes surge como uma possibilidade de solução do conflito estudado neste trabalho, que não é um conflito de normas, mas, um conflito de jurisdição. Com efeito, se cada corte entender que há um horizonte conjunto, trabalhando interpretativamente em cima deste “algo em comum”, não há que se falar em fragmentação do Direito Internacional, mesmo com o crescimento do número de órgãos julgadores, ampliação do Direito Internacional e especialização funcional. Mas, da mesma forma que a adoção de soluções processuais, isso ainda depende de cada juiz internacional.

Destaca-se a relevância da observação de Frydman, no sentido de que, com o verdadeiro “*forum shopping*”, que se instalou na jurisdição, em termos internacionais, as diferentes jurisdições não são solicitadas, com a mesma frequência ou intensidade, existindo uma concorrência entre os juízes. Por conta disso, o doutrinador pergunta se nos encaminhamos para uma nova querela dos universais, porque as críticas a esse movimento questionam a emancipação do juiz, em relação ao Estado; a emergência de um Poder Judiciário cosmopolita e a intensificação da concorrência e das lutas de influência entre os diferentes regimes jurídicos e as ordens jurídicas existentes.<sup>801</sup>

---

<sup>797</sup> Ibid. p.8/9.

<sup>798</sup> Ibid.p.9.

<sup>799</sup> Ibid.p.10.

<sup>800</sup> Ibid. p.11/13.

<sup>801</sup> Ibid. p.14/15.

Outra posição, que se relaciona a esse tipo de solução não-processual, que trabalha com a perspectiva desse diálogo transnacional, em um pluralismo ordenado, é a de Delmas-Marty<sup>802</sup>. Ela observa a existência de três diversos processos de interação, que variam em função de seu grau de hierarquização: coordenação, harmonização e unificação – por transplante ou por hibridização.<sup>803</sup>

Falando de coordenação, Delmas-Marty recorda que os primeiros juristas a se interessarem por internormatividade, analisavam o fenômeno, mais sob a ótica sociológica, do que propriamente jurídica, até porque, as trocas eram feitas "nos interstícios" do sistema, criando uma internormatividade de fato, que pressupõe a existência de relações entre os conjuntos normativos não-hierarquizados, qualquer que seja o nível em que estejam, no espaço normativo.<sup>804</sup>

Dessa forma, nota-se, especialmente, no seio da União Europeia, um "jogo de interpretações cruzadas" de diversos órgãos, sejam eles de natureza jurisdicional ou quase jurisdicional, encarregados de aplicar as normas aos casos concretos.<sup>805</sup>

Esclarece Delmas-Marty que o fenômeno pode ocorrer de um nível a outro, como a suprir as descontinuidades na cadeia hierárquica, mas, especialmente, entre conjuntos normativos de mesmo nível, seja ele nacional, regional ou mundial, por imitação ou reenvio, mais ou menos explícito.<sup>806</sup>

Esse direito comum, produzido por imitação, produz efeitos no nível interno e no nível internacional. O direito interno, nesse processo de interação, é atingido somente em suas camadas superficiais, porque os conceitos jurídicos já existentes em seu interior, foram "forjados pela história". Porém, no campo internacional, o peso da história seria menor, não bastasse o fato dos encarregados de redigir esses textos e, eventualmente, de aplicá-los, os juízes internacionais, pertencem, eles próprios a culturas jurídicas diferentes. Quanto mais rápida a mudança, afirma, menor a possibilidade da memória histórica atuar como moderadora, como ocorre com os tribunais penais internacionais.<sup>807</sup>

No caso de conjuntos jurídicos internacionais ou supranacionais, os transplantes jurídicos são facilitados, portanto, sendo os seus efeitos reforçados pela novidade da construção jurídica. Afirma Delmas-Marty que os modelos circulam livremente de um nível a

---

<sup>802</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné et les Interactions entre Ensemble Juridiques**. op. cit.p.1/18.

<sup>803</sup> Ibid.p.1.

<sup>804</sup> Ibid.p.2.

<sup>805</sup> Ibid.p.2.

<sup>806</sup> Ibid.p.2.

<sup>807</sup> Ibid.p.2.

outro, fornecendo exemplos de várias convenções internacionais simplesmente "copiadas" de outras. Observa, porém, que os transplantes podem deixar poucos rastros, mas o reenvio é mais facilmente observável, sendo cada vez mais explícitos, no contexto europeu<sup>808</sup>.

Em termos mundiais, o reenvio também aparece, na medida em que, os tratados e convenções internacionais se multiplicam, sob a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da globalização. Dessa forma, por exemplo, os acordos da Organização Mundial do Comércio admitiriam uma exceção, em nome do meio-ambiente, bem como, da saúde. Tanto o meio-ambiente, como a saúde, seriam exceções de origem externa aos princípios da Organização Mundial de Comércio, entendidas como sendo externalidades, em sentido econômico. Da mesma forma que ocorre nesse caso, que é dado como exemplo, a internormatividade cria uma dialética, mas não fornece uma solução em caso de conflito, o que é feito, caso a caso, pelo juiz.<sup>809</sup>

No que diz respeito ao dito jogo de interpretação cruzada, afirma que raramente, para cada conjunto normativo, há uma correspondência a um órgão jurisdicional. Pode haver muitas, sem uma única corte mundial, como se dá com o Direito Internacional dos Direitos do Homem, bem como, pode ser que não exista, nem uma organização mundial, nem um órgão jurisdicional, como diz ocorrer com o meio-ambiente. Segundo a doutrinadora, além dessa ponderação, há de se considerar todos os juízes, os nacionais, que se internacionalizam; e os internacionais, que se banalizam, pela ampliação de sua competência e pelo fato de seus métodos de interpretação se aproximarem dos métodos do Direito Internacional geral. Esse complexo desenvolve as trocas, existindo uma prática corrente de recepção recíproca de jurisprudências, que não se baseia em qualquer princípio jurídico.<sup>810</sup>

Aduz Delmas-Marty, que na competição instaurada entre as jurisprudências, nacionais e internacionais, entre elas mesmas ou de forma transversal, incidem o fator do pertencimento à mesma tradição, mas também, a qualidade da fundamentação. Dessa forma, a estatura e o estatuto do juiz podem ser valorizados pelo processo horizontal de coordenação, reforçando a autoridade e a qualidade da decisão proferida, através do jogo de referências cruzadas, de uma jurisdição para a outra.<sup>811</sup>

Conclui o tópico, afirmando que o legado desse processo de entrecruzamento, jurisdicional e normativo, é o de criar uma dinâmica, favorecedora da evitação de conflitos, que ajuda a solucionar certas contradições, sem dispensar completamente a hierarquia.

---

<sup>808</sup> Ibid. p.3.

<sup>809</sup> Ibid. p.4.

<sup>810</sup> Ibid. p.4.

<sup>811</sup> Ibid. p.7.

Prepara-se uma transição, por permitir a aclimatação de diferentes conjuntos jurídicos à noção de internormatividade. Porém, não há como se impor uma ordem, reintroduzir uma hierarquia, o que só ocorre, no caso de unificação, quando se impõe um Direito idêntico, ou quando se limita a margem nacional de apreciação, com a aproximação dos diversos sistemas, como se dá no processo de harmonização.<sup>812</sup>

A harmonização, por seu turno, é uma "vontade em movimento", com o objetivo de integração normativa ou judiciária, constituindo uma alternativa à unificação. Diz-se tratar-se de uma "integração imperfeita", cuja chave é a preservação das margens nacionais de apreciação, mas, que instaura uma relação do tipo vertical, a qual implica hierarquia entre o alto (nível mundial, internacional ou regional) e o que está abaixo (nível nacional).<sup>813</sup>

Porém, tal hierarquia não é unívoca, de modo que a primazia do Direito Internacional ou Comunitário pode se inverter, em benefício do direito interno, o que se resume nos Princípios da Subsidiariedade e Complementariedade. Logo, o movimento de harmonização pode ser ascendente ou descendente.<sup>814</sup>

A margem nacional de apreciação, por sua vez, exprime a resistência nacional à integração, não sendo, porém, ilimitada. Segundo Delmas-Marty, é a principal chave do pluralismo ordenado, ainda que não garanta a harmonia das formas jurídicas, que nascem com ela, salvo, através de condições institucionais e formais, que raramente são reunidas, mesmo no contexto de uma integração mais avançada, como o europeu. Há, portanto, qualquer coisa de inacabado nesse processo, o qual se limita a aproximar os sistemas jurídicos diversos.<sup>815</sup>

Por fim, a unificação seria o processo de internacionalização do Direito perfeito, no entender de Delmas-Marty. Do ponto de vista formal, ela ignoraria a margem nacional de apreciação e excluiria as diferenças, permitindo que a ordem jurídica regional ou mundial fosse representada sob a forma hierárquica e coerente das ordens jurídicas nacionais tradicionais. Porém, ela implica dificuldades de implementação, que trazem o risco de tornar-se pouco efetiva. Do ponto de vista axiológico, é algo ainda pior, porque a sua legitimidade seria amplamente contestada, mesmo no nível regional europeu. Não é ela mais vista como algo distante e utópico, mas como um pesadelo crível, no modelo kantiano de tirania mundial.<sup>816</sup> Nesse aspecto, o comentário de Delmas-Marty, de algum modo, já anuncia a discussão que se terá, mais a frente, sobre o projeto constitucionalista de Estado mundial e o

---

<sup>812</sup> Ibid. p.3.

<sup>813</sup> Ibid. p.8.

<sup>814</sup> Ibid. p.8.

<sup>815</sup> Ibid. p.11/12.

<sup>816</sup> Ibid. p.13.

cosmopolitanismo, que chegou a parecer muito próximo, até que sobreviessem a globalização econômica e a fragmentação do Direito Internacional.

Porém, faz Delmas-Marty uma distinção entre o único e o hegemônico. Pode ocorrer um transplante unilateral de um sistema a outro, que, em caso de generalização, poderá levar a uma dominação hegemônica de um sistema sobre os demais, mas, também à perda de toda a diversidade. No caso, porém, de unificação por hibridização, há uma inovação, combinando sistemas diferentes, que incorpora elementos da diversidade jurídica mundial. Nesse caso, essa unificação pode ser pluralista.<sup>817</sup>

Através dessas formas de integração, salientadas por Delmas-Marty, poderia haver uma solução de ordem não-processual para o problema do conflito estrutural entre diferentes regimes de tratados, ou seja, abstraindo-se o aspecto puramente normativo, levando-se em conta, apenas, a questão da jurisdição das diversas cortes internacionais.

Porém, da mesma forma que se esclareceu, quanto ao diálogo dos juízes, é preciso que haja alguma espécie de uniformização ou padronização, no que se refere a esse tipo de solução, do mesmo modo. Mais especificamente, através da alteração dos tratados e convenções internacionais existentes, o que pressupõe um movimento político coordenado nesse sentido. Não se pode depender, apenas, da vontade individual de cada juiz internacional.

Tais conclusões, extraídas da análise empreendida neste ponto, levam a um questionamento. Até que ponto, o conflito estrutural - não o normativo - entre diferentes regimes de tratados é realmente solucionável?

#### 2.6.2 Há Possibilidade de Solução do Conflito Estrutural entre Diferentes Regimes de Tratados?

Com efeito, da análise das possíveis soluções, de natureza puramente processual e não processual, para o referido conflito, verifica-se que possíveis soluções técnicas de qualquer natureza só podem ser consideradas soluções, caso haja alguma espécie de padronização e algum grau de obrigatoriedade no seu uso. Assim, as soluções processuais, técnicas, são instrumentais, relativamente às soluções políticas. Para que elas possam, efetivamente, produzir algum resultado, em termos de solução do problema do conflito entre os órgãos judiciariformes de diferentes regimes, contendo a fragmentação do Direito Internacional e permitindo a existência de um relativo caráter sistemático para esse ramo jurídico, seria necessário que determinadas saídas políticas existissem, seja no que toca às cortes e tribunais internacionais, seja no campo dos tratados e convenções, como se viu.

---

<sup>817</sup> Ibid. p.13.

De qualquer modo, como no Direito Internacional, as cortes e tribunais de cada regime, também têm de ser criadas por tratados ou convenções, da mesma forma que os seus regimentos, no fundo, tudo passaria por uma alteração em tratados ou convenções existentes, ou ainda, na criação de outros. Isso também se refletiria nas organizações internacionais correspondentes.

Para tanto, seria necessário existir alguma espécie de consenso, ou, no mínimo, admitir que a fragmentação do Direito Internacional representa um problema.

Mas, há questionamentos sobre a própria existência do problema, como é o caso da opinião manifestada por Prost e Clark<sup>818</sup>, na qual, rememoram que, em 1995, se havia declarado que o Direito Internacional havia chegado na sua “Era Pós-Ontológica”, porque não teria mais de se justificar e provar a sua própria existência. Dessa forma, a sua realidade e positividade seriam proposições aceitas agora, estando o ramo jurídico livre para encerrar o ciclo de dúvidas, que, por tanto tempo, o teria habitado. A partir de então, o Direito Internacional poderia engajar-se em uma reflexão crítica sobre a sua natureza.<sup>819</sup>

Porém, tal liberdade teria durado pouco, porque, atualmente, a legitimidade do Direito Internacional estaria novamente sob os holofotes, não mais, questionando-se a sua existência como ordem jurídica, mas, a sua unidade. Isso ocorreria em função da explosão de normas jurídicas, aumento da especificidade normativa, proliferação de organizações internacionais e multiplicação de tribunais internacionais, o que teria levado a preocupações com o risco de fragmentação do Direito Internacional em um conjunto de ilhas normativas, mais ou menos coerente, que seria constituído por subsistemas jurídicos parciais, autônomos e talvez autossuficientes.<sup>820</sup>

Porém, afirmam Prost e Clark que a beleza depende dos olhos de quem vê. Dizem que, enquanto o debate se situa em termos negativos, como “proliferação” e “fragmentação”, alguns percebem o fenômeno como saudável e um reflexo da própria maturidade do Direito Internacional. A diversidade e o pluralismo, para esse ponto de vista, não deveriam ser vistos como ameaças, para essa parte da doutrina internacionalista.<sup>821</sup>

Ocorre, segundo a opinião dos doutrinadores referidos, que o sentimento geral permaneceria hesitante, permanecendo a preocupação de que a falta de unidade do Direito Internacional possa inibir a sua capacidade de conduzir a regulação pacífica das relações

---

<sup>818</sup> PROST, Mario; CLARK, Paul Kingsley. **Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?** Oxford: Chinese Journal of International Law, vol.5, n.2, 2006.p. 341/370.

<sup>819</sup>Ibid .p. 341/342.

<sup>820</sup> Ibid. p. 342.

<sup>821</sup> Ibid. p. 342.

internacionais. No entanto, eles destacam a existência de um grande paradoxo: essa fragmentação do Direito Internacional não teria surgido de uma fraqueza intrínseca dessa ordem jurídica, baseada em fundações inseguras e paralisada pelo espectro da soberania, mas, de uma expansão normativa e institucional sem precedentes. Assim, depois de se lutar, por tanto tempo, pelo reconhecimento desse ramo jurídico, agora, existe uma preocupação com um excesso de Direito Internacional.<sup>822</sup>

Porém, afirmam os autores que a multiplicação de organizações internacionais somente afetará a integridade da ordem jurídica internacional, caso certas condições sejam preenchidas. Em primeiro lugar, precisaria haver uma evidência da duplicação ou superposição de várias competências de organizações internacionais. Porém, como elas crescem apenas na direção de assuntos determinados, raramente e sob os auspícios das Nações Unidas, serão concedidas competências gerais a essas novas organizações internacionais. Normalmente, elas tratam de assuntos específicos ou são limitadas por região, ou ainda, por ambos.<sup>823</sup>

Mas, asseveram os doutrinadores, mesmo que venha a ocorrer duplicação ou superposição de competências, precisa ser provado que isso implicaria competição, divergência ou conflito. Não necessariamente, essa duplicação ou superposição significaria algo ruim. As organizações internacionais em questão – leia-se, os regimes jurídicos – podem exercer as suas competências em comum. Especificamente, no que diz respeito aos tribunais internacionais, dizem, teme-se o risco de que, na falta de um Poder Judiciário genuíno, hierarquicamente organizado, com uma corte suprema no seu topo, poderia levar a uma cacofonia jurisdicional, que poderia danificar a unidade do Direito Internacional e minar a sua efetividade. Esse tipo de preocupação teria sido incrementado por dois casos, onde teria ocorrido um desvio do Direito Internacional geral – os casos *Loizidou* e *Tadic*.<sup>824</sup>

Porém, como regra, os tribunais internacionais possuiriam um entendimento coerente, em relação ao Direito Internacional geral, muito embora, a uniformidade completa seja, no seu entender, impossível. Dessa forma, entendem que o risco de julgamentos conflitantes seria meramente hipotético, de modo que, mesmo que diferentes tribunais dividam determinadas competências na esfera internacional, isso, não necessariamente, levaria a desacordo ou desordem.<sup>825</sup>

---

<sup>822</sup> Ibid. p. 342/343.

<sup>823</sup> Ibid. p. 343.

<sup>824</sup> Ibid. p. 344.

<sup>825</sup> Ibid. p. 345.

Por último, ainda que competências possam ser superpostas, levando a rivalidades e competição, isso, não necessariamente, teria conseqüências, em termos da unidade do Direito Internacional, porque isso somente ocorreria, caso as organizações internacionais pudessem ter uma atividade normativa autônoma e genuína.<sup>826</sup>

Diante de tantos argumentos, no sentido de que o fenômeno sequer representa um problema em si, bem como, levando em consideração o fato de que ela serve a muitos interesses, como demonstrado anteriormente, é muito difícil imaginar a possibilidade de um consenso de natureza política, para realizar mudanças nos tratados e convenções internacionais envolvidos, que são muitíssimos. Só o número de organizações internacionais envolvidas, estaria entre quinhentas e setecentas.<sup>827</sup>

No direito interno, não seria difícil, pela via da mudança legislativa, talvez até constitucional – quando a questão se refere a competências, por exemplo -, aplicar determinadas soluções de cunho político-jurídico, para evitar duplicação ou superposição de competências jurisdicionais. De igual modo, muito facilitada a tarefa de regular litispendência e coisa julgada, pela via da mudança legislativa.

Mas, o ambiente jurídico internacional, não por sua primitividade, como se afirma, mas, por suas próprias características e natureza, não possui poderes de Estado, apenas os seus dublês. Funções similares ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário são atribuídas, especialmente, a organizações internacionais, por delegação das diversas soberanias nacionais, pela via convencional. Assim, diferentemente de uma manifestação unilateral de uma soberania determinada, o que há, na esfera internacional, é algo como uma rede de diversos contratos, com diferentes contratantes – alguns com mais contratantes, como se dá com os tratados e convenções sob a égide das Nações Unidas, outros, com menos. Tais “contratos” de diferentes soberanias nacionais precisam ser negociados e os resultados dessas negociações soem ser mais restritivos que as manifestações de vontade de cada soberania nacional, em seu direito interno.

Apenas para exemplificar esse tipo de dificuldade, no Caso MOX, nota-se que a União Europeia, à época em que somente existiam as Comunidades Europeias, negociou o Tratado de Montego Bay, o qual previu uma série de meios de solução de controvérsias, no âmbito do Direito do Mar. Por ser um tratado misto, que admitia, além de Estados, as organizações internacionais, a Europa teve de apresentar uma declaração, contendo o rol de suas

---

<sup>826</sup>Ibid.p. 345.

<sup>827</sup> CHITTHARANJAN, Felix Amerasinghe. **Principles of the Institutional Law of International Organizations**. 2 ed. Cambridge:Cambridge University Press, 2005.p.6.



competências exclusivas e aquelas que seriam compartilhadas com os seus Estados-membros, também signatários da convenção. Foi essa espécie de ressalva “contratual”, que criou um conflito entre a competência do tribunal arbitral, do Anexo VII, da Convenção em tela, relativamente à Corte Europeia de Justiça.

Foi por esse motivo que o sistema de solução de controvérsias da Convenção de Montego Bay abriu mão de solucionar a pendenga trazida pela Irlanda contra o Reino Unido, quando poderia ter decidido fazê-lo de forma diversa, com as conseqüências já relatadas pela doutrina, porque, do ponto de vista técnico, a suspensão do procedimento não precisaria ter ocorrido. Até mesmo, porque, quando foi decidida a questão das medidas provisionais, a jurisdição foi firmada pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar (ITLOS), não sendo o caso de revisão desse posicionamento, por parte do tribunal arbitral do Anexo VII, da Convenção UNCLOS, pelas razões já expostas anteriormente. Essa postura, repetida no Caso Southern Bluefin Tuna, ainda que em outro contexto, somente tem contribuído para o descrédito dos métodos de solução de controvérsias desse regime jurídico, ligado ao sistema jurídico das Nações Unidas.

Nesse sentido, destaca-se a contribuição de Seymour, que questiona o papel e o valor do Tribunal Internacional de Direito do Mar (ITLOS), o qual se limita à atividade de decidir sobre a liberação de barcos arrestados ou outras medidas de natureza cautelar, como fez no Caso MOX, quando deveria expandir a sua competência para a interpretação da própria Convenção UNCLOS. Afirmar a doutrinadora que o tribunal, após dez anos de sua criação, processou apenas trinta casos, chegando a uma decisão de mérito em apenas um deles.<sup>828</sup>

Como salienta Seymour, apesar da Convenção UNCLOS contemplar uma jurisdição bastante extensa para o referido tribunal, o fato é que os Estados em disputa têm optado por outros meios de solução de controvérsia. Desde a sua criação, argumentava-se que um tribunal institucionalizado a mais não seria sequer necessário, porque já haveria a Corte Internacional de Justiça e as soluções arbitrais, existindo, em ambos, “*expertise*” para a solução de questões relacionadas ao Direito do Mar. Provocativamente, pergunta se a década em questão comprovaria a predição de Oda<sup>829</sup>, de que o referido tribunal provaria ser um grande erro.<sup>830</sup>

---

<sup>828</sup>SEYMOUR, Jillaine. **The International Tribunal for the Law of the Sea. A Great Mistake?** (The Earl Snyder Lecture in International Law).Bloomington: Indiana Journal for Global Legal Studies, vol. 13, 2006.p. 1/2.

<sup>829</sup> ODA, Shigeru. **Disputes Settlement Prospects in the Law of the Sea.** Cambridge:International and Comparative Law Quarterly.vol.44, 1995.p. 863/864.

<sup>830</sup> SEYMOUR, Jillaine. op. cit. p. 2.

Explica Seymour que a Convenção de Direito do Mar, de 1958, continha um mecanismo de solução de controvérsias, em um protocolo opcional. Isso foi modificado com a entrada em vigor da Convenção de 1982 sobre o mesmo tema, porque o seu mecanismo de solução de controvérsias passou a ser obrigatório e suas decisões, vinculantes. Esse complexo mecanismo inclui a Corte Internacional de Justiça e um corpo jurisdicional especializado, o Tribunal Internacional de Direito do Mar, além de dois tribunais arbitrais diferentes. Essa possibilidade de escolha, prevista na Parte XV, da Convenção de 1982, é que relativizaria o caráter compulsório desse mecanismo de solução de controvérsias, no entender da doutrinadora.<sup>831</sup>

Com efeito, a convenção em questão afirma que os mecanismos compulsórios somente são aplicáveis, caso o método escolhido pelas partes falhe, se o acordo entre as partes não exclui outro método de solução ou se a disputa se refere à interpretação e aplicação da dita convenção. Além disso, há uma série de exceções substantivas, como se vê, por exemplo, do artigo 297. Também existe um mecanismo de “*opt-out*”. Tudo isso demonstra que a convenção em questão só foi assinada por alguns Estados, se garantido que alguns temas sensíveis seriam extraídos do mecanismo compulsório de solução de controvérsias<sup>832</sup>, o que realça os limites políticos do Direito e as próprias limitações na obtenção de saídas políticas, na esfera internacional, para a questão do conflito de jurisdição.

A situação não é melhor para uma opção que tem se mostrado mais popular que o ITLOS, o tribunal arbitral do Anexo VII, o qual, não chegou, até o momento em que o artigo foi escrito (2006), a qualquer decisão de mérito!<sup>833</sup> Pelo que se observa, as decisões dadas no Caso MOX e no Caso Southern Bluefin Tuna não deveriam causar surpresa, portanto.

No tocante ao ITLOS, argumenta-se, inclusive, que deve tomar muito cuidado com a influência que a sua decisão, em sede de medidas provisionais, possa causar no mérito, porque os Estados podem, eventualmente, deixar de ter interesse, até mesmo, de submeter tais pleitos de medidas provisionais ao tribunal internacional, caso verifiquem que ela pode vir a resultar em uma decisão no mérito da causa.<sup>834</sup>

Assim, mesmo as soluções mais políticas, levando em conta a forma como são negociados e implementados os tratados internacionais e os seus mecanismos de solução de controvérsias, nos diferentes regimes jurídicos internacionais existentes, não parecem ser suficientes para solucionar a questão do conflito institucional de jurisdições internacionais.

---

<sup>831</sup> Ibid. p. 3/4.

<sup>832</sup> Ibid. p. 3/4.

<sup>833</sup> Ibid. p. 14.

<sup>834</sup> Ibid. p. 34.

Chega a ser ingênua, qualquer crítica, puramente jurídica, às decisões em questão – como aquelas do Caso MOX, que é o caso paradigmático -, bem como, quanto ao próprio sistema de solução de controvérsias contido nos tratados e convenções internacionais, porque o quadro político, que o condiciona é muito complexo e traz mais dificuldades do que perspectivas de solução.

Tudo isso remeta à questão da insuficiência do Direito, para conhecer e solucionar as suas próprias questões.

### 2.6.3 O Direito Fornece Todas as Respostas para o Problema do Conflito Estrutural?

Assumindo o conflito institucional de jurisdição como um problema, na esfera internacional, já se observou que as soluções exclusivamente técnicas, do ponto de vista processual, não são suficientes para eliminá-lo. De igual modo, as possíveis soluções de cunho políticos não são de fácil implementação. Porém, esses fatos levam a outro tipo de questionamento. Muito embora o caso trazido para exame diga respeito a questões jurídicas, apesar da preocupação com o eventual conflito institucional de jurisdição possua a natureza de uma questão jurídica, evidencia-se que o Direito não é capaz, por si só, para dar respostas a essas questões.

Esse tema é explorado, de forma extremamente feliz, por Jouannet<sup>835</sup>, quando aborda a questão do universalismo dos princípios de Direito Internacional e de sua natureza hegemônica, imperialista, o que constitui um paradoxo, o qual, também caracteriza o Direito Internacional, de tal modo que, se eliminado, aquele desaparece<sup>836</sup>.

Nesse sentido, o Direito Internacional é visto como um problema e, ao mesmo tempo, uma solução. Se, por um lado, reflete os interesses hegemônicos dos atores mais poderosos, também é um espaço paradigmático, no qual, práticas intersubjetivas de negociação e deliberação sobre a elaboração e a aplicação de valores, princípios e regras podem florescer, seja no nível de instituições especializadas ou gerais, no contexto de decisões judiciais ou de discussões diplomáticas<sup>837</sup>.

O conflito estrutural de jurisdições internacionais, igualmente, reflete esse paradoxo, que é inerente ao Direito Internacional, porque a forma como os diferentes mecanismos de solução de controvérsias dos diferentes regimes de tratados é negociada, apenas evidencia o peso dos interesses diversos dos Estados e conjuntos de Estados mais poderosos – que pode,

---

<sup>835</sup> JOUANNET, Emmanuelle. **Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law ?** Fiesole: European Journal of International Law, vol. 18, n. 3, 2007.p. 379/407.

<sup>836</sup> Ibid. p. 379/407.

<sup>837</sup> Ibid. p. 397.

por exemplo, retirar determinados “assuntos sensíveis” do mecanismo compulsório de solução de controvérsias, tal qual, foi feito, no caso da Convenção de Montego Bay, de 1982 (UNCLOS); sem prejuízo de outros meios de se evitar decisões vinculantes de jurisdições internacionais -; ao mesmo tempo em que, com todas essas restrições, impõe determinados valores, princípios e regras, em caráter universal, que vão se agregar ao Direito Internacional geral, criando restrições à atuação desses poderes.

Como esclareceu Jouannet, para poder compreender o fenômeno complexo desse paradoxo inerente ao Direito Internacional, não se pode ater à dimensão *stricto sensu*, como ela própria denomina, afirmando ser necessário recorrer a perspectivas históricas, Teoria da Argumentação, Filosofia e Antropologia.<sup>838</sup>

Descrevendo o referido paradoxo, de passagem, Jouannet aborda a complexidade das negociações dos tratados e convenções internacionais, bem como, das relações entre os sistemas e subsistemas e ramos fragmentados do Direito Internacional contemporâneo, fazendo referência às rodadas de negociação da Organização Mundial do Comércio e das decisões de seu Corpo de Apelação; resoluções das instituições das Nações Unidas; tratados bilaterais e multilaterais sobre questões ambientais, minas antipessoais ou o Tribunal Internacional Penal, além das decisões das cortes regionais de direitos humanos, as quais, sem eliminar o aspecto hegemônico desse Direito Internacional, redefinem a maneira como são elaboradas e/ou aplicadas normas internacionais. Essa nova forma de elaboração e aplicação das normas internacionais é ainda mais reforçada, com a chegada de novos atores, chamados para participar das discussões e decisões, como as organizações não-governamentais, associações e empresas transnacionais.<sup>839</sup>

Para compreender essa complexidade, não basta o Direito. Em sendo o Direito Internacional, ao mesmo tempo, um instrumento de universalização, um meio de dominação e um espaço para cooperação e emancipação<sup>840</sup>, não se pode reduzir a questão do conflito estrutural de jurisdições internacionais, uma das facetas da fragmentação do Direito Internacional, ao Direito Internacional ou ao Direito como um todo, porque esse objeto de estudo é mais amplo.

## **2.7 Conclusão: A Questão é Bem Mais Complexa do que Aparenta**

Concluindo o primeiro capítulo da presente tese, que trata da apresentação da questão do conflito potencial, de natureza institucional, entre diferentes mecanismos de solução de

---

<sup>838</sup> Ibid. p. 379/380.

<sup>839</sup> Ibid. p.398.

<sup>840</sup> Ibid. p.406.

controvérsias, de diferentes regimes jurídicos internacionais, chega-se à conclusão que ela é um tema que não pode limitar-se à discussões sobre soluções.

Em primeiro lugar, porque não há consenso que haja um problema. Para alguns, essa fragmentação do Direito Internacional, que resulta em vários mecanismos de soluções de controvérsias, de diferentes regimes jurídicos internacionais, disponíveis para resolver a mesma questão de fato, inclusive, envolvendo as mesmas partes, com o risco potencial de soluções jurídicas divergentes, pode ser entendida como manifestação saudável de pluralismo jurídico, ou ainda, como uma alternativa, ao estilo "*forum shopping*", para Estados menos preocupados com uma justiça internacional em abstrato e mais preocupados em perseguir os seus próprios interesses nacionais. Nesse caso, a fragmentação do Direito Internacional, inclusive no aspecto da jurisdição internacional, é mais uma solução, do que um problema.

Ainda que se considere tal questão como um problema a ser resolvido, as soluções meramente processuais mostram-se incapazes, por si só, de aportarem uma resposta definitiva, até porque, dependem de iniciativas individuais dos juízes internacionais, na falta de uma previsão normativa, na esfera internacional, da mesma forma, que existe no direito interno. Para a adoção de saídas processuais, como solução definitiva, seria necessária uma mudança em uma pletora de tratados e convenções internacionais, de maneira uniforme, o que se afigura improvável, dada a diversidade de interesses envolvidos.

As saídas não-processuais, de natureza política, tanto no que toca à jurisdição internacional em si, quanto aquelas referentes ao "*law-making*" internacional, pela mesma razão, ainda são mero anelo. Até porque, o Direito mostra-se insuficiente para fornecê-las. Em se dependendo do fator político, cada Estado nacional e muitas organizações internacionais agem na defesa de seus próprios interesses, segundo "razões de Estado". Nesse campo, a propalada transformação da sociedade internacional em comunidade internacional<sup>841</sup> ainda caminha a passo de cágado.

Como se não bastasse, percebe-se que o Direito Internacional e o Direito, como um todo, não são suficientes para fornecer todas as respostas necessárias à própria compreensão da questão, fazendo-se necessário um aporte de outros ramos do conhecimento.

Diante dessas conclusões parciais, para melhor compreender o fenômeno, faz-se necessário investigar as origens históricas desse processo de fragmentação do Direito Internacional, o que é feito no capítulo seguinte, para poder responder às questões principais

---

<sup>841</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Théorie du Droit International Public. Cours General**, vol. 173.op. cit.p.40.

da tese - o conflito institucional entre órgãos judiciariformes, de diferentes regimes, é um problema a ser solucionado? É, em si mesmo, uma solução?

Faz-se assim, porque a História permite uma visão em perspectiva dos fatos, não sendo possível analisar a questão em profundidade, ignorando os antecedentes históricos dos fatos verificados neste primeiro capítulo.



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Faculdade de Direito

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados v.2**

Rio de Janeiro

2017

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

O caso “Mox de Sellafield” do preto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado: origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes normativos tratados v.2

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito Internacional.

Orientador: Professor Dr. Paulo Emílio Passim Borges de Macedo

Rio de Janeiro

2017



CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C416 Cerqueira, Luis Eduardo Bianchi.

O Caso “Mox de Sellafield”- do Projeto Constitucionalista de Estado Mundial ao Direito Internacional Feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados / Luis Eduardo Bianchi Cerqueira. - 2017.

767 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional - Teses. 2. Direitos humanos - Teses. 3. Soberania - Teses. I. Macedo, Paulo Emilio Vauthier Borges de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para obtenção do título de doutor em Direito. Área de concentração Direito Internacional.

Aprovada em 20 de fevereiro de 2017

Banca Examinadora:

---

Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo (Orientador)

Prof. Dr. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Professora Dra. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Raphael Carvalho de Vasconcelos

Professor Dr. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Antônio Celso Alves Pereira

Professor Dr. da Faculdade de Direito da UVA

---

Rafael Zelesco Barretto

Professor Dr. da Faculdade de Direito da Unilassale

Rio de Janeiro

2017

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
1	<b>ASPECTOS METODOLÓGICOS</b> .....	20
2	<b>O CASO “MOX DE SELLAFIELD” – A PEDRA ANGULAR DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL</b> .....	50
2.1	<b>Introdução e Contextualização: Diferenciação Funcional, Criação de Regimes Autônomos de Tratados e o Relatório Koskenniemi</b> .....	50
2.2	<b>Descrição dos Procedimentos Judiciários do Caso MOX de Sellafield</b> .....	58
2.3	<b>Repercussões do Caso MOX na Doutrina</b> .....	65
2.3.1	<u>A Questão da Subsidiariedade</u> .....	65
2.3.2	<u>A Questão dos Artigos 281 e 282 da Convenção UNCLOS e a Convenção OSPAR</u> .....	83
2.3.3	<u>A Questão da Jurisdição Suplementar do Mecanismo de Solução de Controvérsias da Convenção UNCLOS</u> .....	86
2.4	<b>Posições doutrinárias sobre a fragmentação do Direito Internacional</b> .....	106
2.4.1	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como uma Quebra Indesejável do Sistema</u> .....	106
2.4.2	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Mero Discurso</u> .....	130
2.4.3	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Manifestação Saudável de Pluralismo</u> .....	141
2.4.4	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Resultado de uma Intencionalidade</u> .....	152
2.4.5	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Gerencialismo</u> .....	158
2.5	<b>Casos Relacionados</b> .....	163
2.5.1	<u>O Caso Tadic</u> .....	163
2.5.2	<u>O Caso Nada</u> .....	166
2.5.3	<u>O Caso "Southern Bluefin Tuna"</u> .....	169
2.6	<b>Possíveis Soluções para o Conflito entre os Diferentes Regimes de Tratados</b> .....	175
2.6.1	<u>O Princípio <i>Lis Pendens</i> Internacional</u> .....	175

2.6.1.1	Possíveis Soluções de Natureza Processual para o Conflito.....	185
2.6.1.2	Possíveis Soluções de Outra Natureza para o Conflito.....	194
2.6.2	<u>Há Possibilidade de Solução do Conflito Estrutural entre Diferentes Regimes de Tratados?</u> .....	211
2.6.3	<u>O Direito Fornece Todas as Respostas para o Problema do Conflito Estrutural?</u>	217
2.7	<b>Conclusão: a Questão é Bem Mais Complexa do que Aparenta</b> .....	218
3	<b>A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O ESPAÇO TRANSNACIONAL</b> .....	227
3.1	<b>Introdução: A Relação entre a Formação de um Espaço Jurídico Transnacional e a Fragmentação do Direito Internacional</b> .....	227
3.2	<b>A Formação do Espaço Jurídico Transnacional: A Pulsão Fragmentadora</b>	230
3.2.1	<u>Do Padrão de Acumulação Fordista ao Padrão de Acumulação Flexível</u> .....	230
3.2.2	<u>Das Transformações Ocorridas nos Sujeitos, no Objeto e na Forma do Direito Internacional</u> .....	271
3.2.3	<u>O Papel da Diferenciação Funcional na Fragmentação do Direito Internacional: da Alegada Impossibilidade de um Sistema de Direito Internacional, em Razão do Isolamento de suas Partes Componentes</u> .....	310
3.2.4	<u>Capital Internacionalizado e Fragmentação do Direito Internacional: um Casamento de Conveniência</u> .....	324
3.2.5	<u>Da Insegurança Jurídica Resultante do Conflito entre os Supostos Subsistemas de Direito Internacional</u> .....	331
3.2.6	<u>Direito Internacional Contemporâneo, a Sua Autonomia e o Conceito de “Gestalt”</u> .....	338
3.3	<b>A Feudalização do Direito Internacional</b> .....	348
3.3.1	<u>A Privatização do Direito Internacional</u> .....	351
3.3.1.1	A Privatização das Fontes de Direito Internacional: as Normas Não nacionais e as Normas Não estatais.....	353
3.3.1.2	A Privatização da Administração da Justiça Internacional.....	358
3.3.1.3	A Privatização dos Atos Jurídicos Materiais, na Guerra e na Paz.....	362
3.3.1.4	A Privatização dos Sujeitos de Direito Internacional: o Cosmopolitismo e as Redes.....	367
3.3.1.5	A Privatização do Objeto do Direito Internacional: a Cidadania Universal e os Novos Temas dos Tratados Internacionais.....	371

3.3.1.6	A Privatização da Forma do Direito Internacional: “ <i>Soft Law</i> ” e Responsabilidade Social.....	374
3.3.2	<u>A Tirania dos Valores no Direito Internacional e os Direitos Humanos.....</u>	377
3.3.3	<u>A <i>Respublica</i> dos Direitos Humanos Será Democrática? O Caso Gelman.....</u>	421
3.4	<b>Conclusão: a Fragmentação do Direito Internacional em um Contexto Mais Amplo.....</b>	423
4	<b>ORIGEM: O PROJETO CONSTITUCIONALISTA DO PÓS GUERRA E O PRETENSO NASCIMENTO DE UM SISTEMA DE DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	433
4.1	<b>Introdução: Um Sistema Jurídico Baseado na Soberania e no Princípio da Igualdade dos Estados.....</b>	433
4.2	<b>Do Projeto Constitucionalista: a Pulsão Unificadora.....</b>	442
4.2.1	<u>Os Primeiros Sinais da Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período Entreguerras.....</u>	445
4.2.2	<u>A Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período dos Trinta Anos Dourados.....</u>	456
4.2.3	<u>O Arrefecimento da Pulsão Unificadora e a Grande Decepção da <i>Pax Americana</i>.....</u>	463
4.3	<b>Críticas ao Projeto Constitucionalista.....</b>	467
4.3.1	<u>A Crítica dos Realistas.....</u>	467
4.3.2	<u>A Crítica de Hart à Autonomia do Direito Internacional.....</u>	470
4.3.3	<u>A Resistência do Poder Hegemônico à Burocracia Transnacional e ao Estado Mundial.....</u>	476
4.4	<b>Da Substituição do Projeto Natimorto de Constitucionalismo, em Razão de sua Obsolescência: o Fim da Escala Nacional.....</b>	482
4.5	<b>Paradoxo: a Unificação, o Estado Mundial e o Fim do Direito Internacional.....</b>	488
4.6	<b>Conclusão: o Papel do Enfraquecimento das Instituições da Modernidade (Estado Nacional e Soberania) no Retorno ao Estado Anterior.....</b>	491
5.	<b>UMA VISÃO DE LONGO PRAZO A PULSÃO DE REPETIÇÃO: DA ALTERNÂNCIA DAS PULSÕES DE FRAGMENTAÇÃO E UNIFICAÇÃO.....</b>	494
5.1	<b>Introdução: Carl Schmitt, o Eterno Retorno e as Pulsões de Fragmentação</b>	

	e Unificação.....	494
5.2	Soberanias Continentais Europeias <i>versus</i> "Privateers" e Corsários.....	496
5.3	Os Ciclos de Unificação e Fragmentação.....	506
5.4	Qual o Papel da Intencionalidade na Fragmentação do Direito Internacional ?.....	526
5.5	No Longo Prazo, o Direito Internacional é uma " <i>Gestaltung</i> ".....	530
5.6	Conclusão: as Pulsões de Fragmentação, Unificação e Repetição são Inerentes à " <i>Gestaltung</i> " do Direito Internacional.....	531
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	538
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	540
	<b>APÊNDICE – DESCRIÇÃO DO CASO MOX</b> .....	583
1	<b>O Procedimento perante o Tribunal Arbitral OSPAR</b> .....	583
1.1	<u>O Memorial Irlandês</u> .....	586
1.2	<u>O Contra memorial do Reino Unido</u> .....	622
1.3	<u>A Réplica Irlandesa</u> .....	663
1.4	<u>A Tréplica do Reino Unido</u> .....	679
1.5	<u>As Decisões Interlocutórias Proferidas</u> .....	680
1.6	<u>A Decisão Final</u> .....	681
2	<b>O Procedimento no Tribunal da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar – UNCLOS</b> .....	691
2.1	<u>O Memorial Irlandês</u> .....	694
2.2	<u>O Contra memorial do Reino Unido</u> .....	722
2.3	<u>A Réplica Irlandesa</u> .....	741
2.4	<u>A Tréplica do Reino Unido</u> .....	745
2.5	<u>As Decisões Interlocutórias</u> .....	746
2.6	<u>A Decisão Terminativa</u> .....	747
3	<b>O Processo perante a Corte Europeia de Justiça</b> .....	747
	<b>ANEXO - Manifestação de Roger Jackling, Representando o Reino Unido, no Décimo quinto Encontro, da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 16/08/1974</b> .....	765

### 3. A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O ESPAÇO TRANSNACIONAL

#### 3.1 Introdução: A Relação entre a Formação de um Espaço Jurídico Transnacional e a Fragmentação do Direito Internacional

Para responder à questão principal da tese, se a fragmentação do Direito Internacional - em especial, no que tange ao conflito de jurisdição internacional - é um problema a ser solucionado ou algo útil ou desejado, é preciso compreender o fenômeno, sob uma perspectiva histórica. Qual a origem do fenômeno da fragmentação do Direito Internacional?

Para responder a essa pergunta, é possível retornar algumas poucas décadas, como se faz no item seguinte, que trata da formação do espaço jurídico transnacional, em um ambiente de globalização econômica.

Em todo o caso, para tanto, é necessário entender a relação, porventura existente, entre a formação de um espaço transnacional e a fragmentação do Direito Internacional. Haverá algum elo que ligue os dois temas?

Para poder responder a esse questionamento, convém, inicialmente, chamar a atenção para um livro de Alain Minc<sup>842</sup>, o qual, se refere, em termos gerais, a uma "nova Idade Média", fazendo menção à época atual - na realidade, ao período imediatamente anterior à virada do milênio -, que se caracterizaria pela ausência de sistemas organizados, pelo desaparecimento de um centro, pela aparição de "solidariedades fluidas e evanescentes", pela indeterminação e aleatoriedade; pelo surgimento de zonas cinzentas, que se multiplicariam, fora de qualquer autoridade; pelo enfraquecimento da razão, como princípio fundador, em benefício de ideologias primárias e superstições; pelo retorno das crises e espasmos; e pelo lugar, cada vez mais, reduzido, do universo ordenado.<sup>843</sup>

A referida descrição da "nova Idade Média", aliás, cai como uma luva, no universo pouco ordenado da jurisdição internacional, como se vê do capítulo anterior, em que pese a afirmada necessidade, de origem tomista, de um centro para o Direito Internacional<sup>844</sup>.

É bem verdade que Minc debate temas de índole mais regional, bem como, um tanto quanto datados, mas retrata o espanto com o desenrolar dos fatos subsequentes à queda do muro de Berlim, em 1989, porque se acreditava em equilíbrio e prosperidade, com o fim da bipolaridade, falando-se muito no "Fim da História"<sup>845</sup>, pelo fato do modelo liberal-democrático haver se sobrepujado ao socialismo, estabelecendo-se como o único paradigma

<sup>842</sup> MINC, Alain. op. cit. p. 1/249.

<sup>843</sup> Ibid. p. 10/11.

<sup>844</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit.p.6.

<sup>845</sup> FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o Último Homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. p. 1/489.

social, econômico, político e jurídico válido. Porém, esclarece Minc<sup>846</sup>, a realidade teria, rapidamente, exterminado essas primeiras ilusões, porque o que se criou foi desordem e o "retorno do tribalismo", de modo que a Europa tornou-se o "Continente do Caos".

Afirma Minc<sup>847</sup> que a "nova Idade Média", da mesma forma que a antiga, é um mundo sem centro, móvel, onde nada foi definitivamente adquirido. Chega a dizer que depois de Hegel, todos haviam acreditado que o Estado seria o ponto natural de culminação das sociedades, mas, os Estados estariam tendo de se retirar contra as suas vontades, deixando a descoberto "realidades bastantes estranhas".

Sobre o tema, a tese discorrerá mais amiúde, quando abordar a feudalização do Direito Internacional, ainda neste capítulo. Mas, o importante é que a afirmação de Minc traz uma pista sobre a possível relação da formação do espaço transnacional com a fragmentação do Direito Internacional. Ambas as realidades descritas somente vieram a lume, com essa "retirada involuntária" do Estado, o que significa dizer, com a relativização de sua soberania, como se verá.

No dizer de Habermas, essa retirada involuntária é a superação do Estado nacional, que leva consigo toda forma de socialidade política. Em tal mundo pós-político, segundo o seu ponto de vista, a empresa transnacional torna-se o modelo comportamental, não mais o Estado - por exemplo, por conta da escolha do valor "eficiência" como sendo mais relevante do que aqueles de natureza ética. Nesse horizonte, Habermas vê uma sociedade global "plenamente descentrada, que se decompõe em uma quantidade desordenada de sistemas funcionais, que se reproduzem e se orientam a si mesmos"<sup>848</sup>. Trata-se de um retrato da fragmentação, que não atinge apenas o Direito Internacional, mas todos os aspectos da sociedade global.

É a luta de todos contra todos, em estado de natureza, novamente, uma vez que o Estado inicia a sua saída de cena. Nessa Nova Idade Média, cada um desses sistemas é encerrado em si mesmo, raciocinando apenas, com base nos imperativos de auto-conservação.<sup>849</sup>

Ora, o espaço jurídico transnacional somente é formado, na medida em que a escala jurídica nacional é superada<sup>850</sup>. As fronteiras nacionais perdem relevância. Novos atores

---

<sup>846</sup> MINC, Alain. op. cit. p.15/43.

<sup>847</sup> Ibid. p.67.

<sup>848</sup> HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.p. 148/149.

<sup>849</sup> Ibid. p. 148/149.

<sup>850</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit.p.48.



emergem e ocupam áreas que somente o Estado poderia ocupar<sup>851</sup>. Da mesma forma, só foi possível ocorrer o extraordinário crescimento dos regimes especializados e regionais, na medida em que a escala nacional econômica foi se tornando irrelevante, obsoleta, de tal modo que, "a política nacional" perde o "domínio sobre as condições da produção".<sup>852</sup> Surgem, igualmente, normas e instituições não-nacionais e não-estatais, na esfera internacional, com bastante relevância, no vácuo da perda de poder relativo do Estado. Está aí a relação entre a formação do espaço transnacional, a fragmentação do Direito Internacional e a relativização da soberania.

Em ambos os casos, em razão de processos que transcorreram *pari passu* e bastante correlacionados<sup>853</sup> (superação da escala econômica nacional e da escala jurídica nacional), passou a ocorrer uma transformação no principal ator do Direito Internacional e em seus atributos, mais nitidamente, no feixe de poderes, que se convencionou chamar de soberania<sup>854</sup>.

É justamente a soberania, o ponto nodal, pelo qual transitam ambos os fenômenos, sendo impossível compreendê-los, sem compreender as transformações ocorridas nesse fato jurídico, desde a Idade Média, passando pela Idade Moderna, até os tempos de globalização econômica e jurídica, que Minc denomina "Nova Idade Média", sem apreender tais mutações.

Para tanto, o segundo capítulo abordará a pulsão fragmentadora - as quais, na terminologia de Truyol y Serra<sup>855</sup>, correspondem às "forças centrífugas" do Direito Internacional -, que redundou na formação do espaço jurídico transnacional, retroagindo, inicialmente, ao momento em que o modo de produção capitalista deixou de ser fordista, para ser flexível. Segundo Truyol y Serra, o reflexo de auto-conservação diz respeito às forças desagregadoras da sociedade internacional, por outro lado, a necessidade de cooperação, corresponde à pulsão de unificação. No seu entender, como em todas as sociedades, a sociedade internacional sempre esteve exposta à ação dessas duas forças opostas, mas complementares<sup>856</sup>. Em um primeiro momento, o Estado nacional e o direito interno eram os agentes da fragmentação. Posteriormente, no curso do século XX, houve um movimento de cooperação, que permitiu a criação de inúmeros organismos internacionais e um incremento sensível, tanto em termos quantitativos, quanto qualitativos, no que toca aos tratados e

---

<sup>851</sup> Ibid. p.199.

<sup>852</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. op. cit. p.146.

<sup>853</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 396/413.

<sup>854</sup> Ibid. p.49/75.

<sup>855</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Théorie du Droit International Public. Cours Général**, vol. 173. op. cit. p.55.

<sup>856</sup> Ibid. p.55.

convenções internacionais. Nos tempos atuais, paradoxalmente, é a “retirada involuntária do Estado”, antes mencionada, que enfraquece a pulsão de unificação.

Posteriormente, a tese avançará para a descrição da "feudalização" do Direito Internacional, com a sua aparente desagregação, mostrando os vários aspectos da privatização - com a retirada involuntária do Estado moderno - da vida jurídica internacional contemporânea (fontes do Direito Internacional, administração da justiça internacional, atos jurídicos materiais, dos sujeitos do Direito Internacional, do objeto do Direito Internacional e da sua forma); apontando um aspecto bastante paradoxal da contemporaneidade, já adiantado por Schmitt<sup>857</sup>, que é o da tirania dos valores - se antes, na velha Idade Média, eles eram religiosos, agora, na Nova Idade Média, estão no topo da pirâmide os direitos humanos ou fundamentais, cuja raiz é a mesma -, que se consubstancia em um vício lógico, no qual, o valor considerado mais importante, em um dado raqueamento de valores, acaba por excluir todos os demais.

### **3.2 A Formação do Espaço Jurídico Transnacional: A Pulsão Fragmentadora**

#### **3.2.1 Do Padrão de Acumulação Fordista ao Padrão de Acumulação Flexível**

Inicialmente, tenta-se demonstrar a existência de determinados liames causais – ou, ao menos, de fortes correlações -, que teriam condicionado importantes mudanças no Direito Internacional, a partir das alterações havidas no modo de produção capitalista, nos últimos trinta anos.

Para tanto, é necessário conceituar "padrão de acumulação", que é um termo-chave para a compreensão do fenômeno; descrever o padrão de acumulação fordista; estudar-se a transição do padrão de acumulação fordista para o padrão de acumulação flexível; para, posteriormente, descrever o padrão de acumulação flexível. Com a compreensão de como mudou a organização da produção, ao longo do século XX, é possível entender as razões que levaram o Direito e, em especial, o Direito Internacional, a modificar-se.

Ao se lidar com um fenômeno tão complexo, como o estudado, é impossível pretender explicá-lo, somente através do Direito, sendo absolutamente necessário socorrer-se de outras disciplinas, que permitem uma compreensão privilegiada do objeto<sup>858</sup>. A fragmentação do Direito Internacional, pela ação de uma determinada força histórica, não surgiu do nada, como fruto de geração espontânea.

<sup>857</sup> SCHMITT, Carl. **La Tiranía de los Valores**. op. cit. p. 91/124.

<sup>858</sup> Poderia ser argumentado que inserir elementos novos, para explicar um fenômeno, feriria o Princípio da Economicidade, o que corresponderia, automaticamente, a uma teoria ruim. Porém, tentar explicar uma realidade cultural complexa, sem o auxílio de conceitos já existentes, oriundos de várias disciplinas, é praticamente impossível, além de irracional.

Assim sendo, é possível afirmar que o “padrão de acumulação” é uma forma coerente e estável no tempo, de organização das condições produtivas, da divisão do produto geral entre consumo e acumulação e de estipulação das condições de reprodução dos fatores produtivos. A todo padrão de acumulação corresponde um “modo de regulação”, que é uma determinada configuração, a qual mantém em funcionamento o padrão de acumulação, através de normas, hábitos, leis, redes de regulação e demais processos sociais <sup>859</sup>.

Descreve-se, portanto, de uma interação entre as condições materiais da produção e a superestrutura social, com caráter de relativa permanência. Completando esse quadro, toda forma de organização da produção, em um dado período, gera determinado marco regulatório, que insere os atores sociais - trabalhadores, detentores do capital, burocratas e o próprio poder político - nesse padrão. Não é surpresa, então, que cada tipo de organização produtiva corresponda a uma forma de regulação, também na esfera internacional.

Não se trata de uma constatação necessariamente marxista, podendo ser observado que Schmitt <sup>860</sup>, por exemplo, estabelece uma relação entre mudança tecnológica e forma de regulação dos espaços. A cada mudança tecnológica corresponde uma forma diferente de perceber o espaço e uma forma de regulação correspondente. O próprio termo "padrão de acumulação" é utilizado, porque é apto a resumir ideias em pouco espaço, facilitando a comunicação, já que é amplamente difundido, em que pese a sua origem.

Também não seria nada revolucionário afirmar ser muito mais lógico que o padrão de acumulação em vigor condicione o Direito, do que o contrário ocorra. É muito mais comum que o Direito regulamente algo que já existe na sociedade, do que venha a criar algo realmente novo, com a sua atividade. Com efeito, "o direito nasce do fato", com ele interagindo dialeticamente <sup>861</sup>.

Partindo de tais balizamentos, verifica-se que, especificamente, o padrão de acumulação fordista resultou de uma série de inovações tecnológicas e organizacionais.

Com efeito, essa forma corporativa de organização empresarial derivou da enorme concentração do capital, observada nos fins do século XIX, nos Estados Unidos. No entanto, a divisão de trabalho baseada na especialização já existia como técnica consolidada, ela anterior ao fordismo. O grande diferencial da organização produtiva do fordismo é que o trabalhador especializado passou a trabalhar de forma estacionária, que não tinha mais de deslocar-se pela

---

<sup>859</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural**. Buenos Aires: Amorrortu, 1998.p. 143/144.

<sup>860</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre la Historia Universal**. Madrid: Trotta, 2007.p. 21/81.

<sup>861</sup> LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.p. 293/294.

planta industrial <sup>862</sup>. Os objetos a serem transformados é que se deslocavam, através da planta, por um sistema de esteiras ou de ganchos, de modo que, com essa inovação, houve sensível aumento de produtividade <sup>863</sup>.

O grande ganho de produtividade que a especialização trouxe, com a automatização do processo fabril, resultou do fato do trabalhador não participar mais da produção global da fábrica, apenas de uma das máquinas, de modo que, além de ser muito mais fácil de aprender o ofício, todo o pessoal poderia ser mudado, a qualquer hora, sem necessitar interromper o processo produtivo. Tal fato permitiu que fossem adotados turnos múltiplos (“*relays system*”) <sup>864</sup>.

Se já existia a especialização, qual teria sido, então, o grande diferencial do método fordista? Não foi apenas a mudança no “*lay out*” fabril, com o trabalhador especializado estacionário, mas uma concepção holística das conseqüências dessa alteração na forma de produzir, em todo o contexto sócio-econômico. Poder produzir em massa e por um baixo custo permitiu um consumo, também, de massa. Da mesma maneira, permitiu uma nova forma de reproduzir a mão-de-obra, uma nova forma de direção e controle do trabalho, “um novo tipo de sociedade racionalizada, modernista, populista e democrática” <sup>865</sup>.

Como se caracterizava, então, esse modelo fordista? Em primeiro lugar, o padrão de acumulação fordista representou um meio-termo entre a velha organização sócio-econômica individualista do Liberalismo Clássico e a organização social “programática” do Intervencionismo <sup>866</sup>.

A confirmar tal observação, verificou-se que, antes mesmo da implementação do “*New Deal*”, no início da Grande Depressão de 1929, o próprio Ford já tentava, por meios particulares, fazer o que Estado viria a realizar, posteriormente. Ele acreditava tanto na força das corporações, para regular a economia – não mais na mão invisível de Adam Smith –, que chegou a aumentar os salários de seus empregados, em plena crise, a fim de permitir o aumento da demanda efetiva, para reativar as vendas e restaurar a confiança do empresariado na economia <sup>867</sup>, o que representaria mais investimentos <sup>868</sup>.

---

<sup>862</sup> NAGELS, Jacques. **Elementos de Economia Política. Crítica do Pensamento Único**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.p. 64.

<sup>863</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural**. op. cit. p. 147.

<sup>864</sup> MARX, Karl. **O Capital. Crítica da Economia Política**. Livro 1. Vol I. **O Processo de Produção do Capital**. 22 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.p. 481.

<sup>865</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural**. op. cit. p.148.

<sup>866</sup> GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Vol 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.p.242.

<sup>867</sup> KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Atlas, 1992.p.133/134.

O modelo instituído por Ford também se caracterizava pelo fato de haver instituído uma jornada de trabalho mais curta que a habitual – de oito horas –, com salário de cinco dólares por dia <sup>869</sup>. Ao mesmo tempo em que se pretendia assegurar a submissão do trabalhador à disciplina, requerida pela nova organização do processo produtivo, a limitação da jornada e o “alto salário” permitiam que o trabalhador tivesse tempo e condições de gastar com bens de consumo, que passariam a ser produzidos em massa pelas grandes organizações produtivas <sup>870</sup>.

É importante que seja dito, para que o fordismo pudesse ter atingido um *status* hegemônico, foi necessária a implementação de duas condições <sup>871</sup>: uma grande mudança nas relações de classe, que permitiu uma aceitação mais fácil de um sistema de produção, o qual, por sua vez, era baseado na adaptação do trabalhador a inúmeras horas de trabalho repetitivo; e o surgimento de novas modalidades e mecanismos de intervenção estatal.

A primeira condição foi preenchida, nos Estados Unidos, na década de trinta, em plena depressão econômica, porque os trabalhadores foram obrigados a aceitar as condições que lhes eram oferecidas, por absoluta falta de opção. Se dez anos antes, até mesmo o trabalho apoiado em imigrantes recém-chegados enfrentava resistências - o que era demonstrado pela rotatividade da mão-de-obra, apesar dos relativamente “altos salários” e da jornada “reduzida” -, durante a Grande Depressão, tais resistências esvaíram-se. Ao final da Segunda Guerra Mundial, aquelas existentes na Europa também foram vencidas, em meio ao caos da reconstrução <sup>872</sup>.

A segunda condição, por seu turno, foi satisfeita com a aplicação do “*New Deal*”<sup>873</sup> e da teorização keynesiana <sup>874</sup> – que lhe seguiu, não o contrário. A teoria keynesiana defendia uma política ativa do Estado, no sentido de enfrentar os malefícios trazidos pelos ciclos econômicos. Assim, por exemplo, no campo da criação de investimentos, que pudessem gerar emprego e renda, Keynes descarta a mera aplicação de política monetária expansiva, pelo simples fato de ser inócua, se não vier acompanhada de alguma espécie de intervenção estatal na organização direta dos investimentos, inclusive via gasto público real <sup>875</sup>. Ou seja, o gasto

---

<sup>868</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural.** op. cit. p. 148/149.

<sup>869</sup> MANKIW, Nicholas Gregory. **Macroeconomia.** Rio de Janeiro: LTC, 1995.p. 91/92.

<sup>870</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural.** op. cit. p. 148.

<sup>871</sup> Ibid. p.150/151.

<sup>872</sup> Ibid. p.151.

<sup>873</sup> MARTÍNEZ, Rafael Cervantes et alli. **Transnacionalización y Desnacionalización. Ensayos sobre el Capitalismo Contemporáneo.** Buenos Aires: Tribuna Latinoamericana, 2000.p. 87/88.

<sup>874</sup> Ibid. p.86/87.

<sup>875</sup> KEYNES, John Maynard. op. cit.p.135.

do setor público é que vai criar uma demanda, em determinados setores, que o Estado pretende estimular. Pouco tempo antes, esse pensamento seria considerado uma heresia econômica. A partir da década de setenta, no período de transição para o padrão de acumulação flexível, assim também passou a ser visto, em razão da estagflação<sup>876</sup>.

Com a Segunda Guerra Mundial, o ciclo depressivo foi eliminado, em razão do aumento da demanda por bens e serviços. Também ocorreu o efeito da superação da sociedade individualista, permitindo-se algum grau de intervenção do Estado na economia. Foi a “economia de guerra” que serviu de “cabeça de praia”<sup>877</sup> para o predomínio do Intervencionismo<sup>878879</sup>, o qual, por sua vez, tornou-se umbilicalmente ligado ao padrão fordista, por meio do Estado do Bem Estar Social. Nesse ponto, o padrão de acumulação fordista atinge a maturidade e a hegemonia<sup>880</sup>.

É de relevar a incrível coincidência temporal entre a Segunda Guerra Mundial e suas consequências imediatas, a maturidade do padrão de acumulação fordista e o fortalecimento da pulsão unificadora do Direito Internacional, já que, instituições e acordos internacionais, como Bretton Woods (1944), o Banco Mundial, então International Bank for Reconstruction and Development (1944), o Fundo Monetário Internacional (1944), a Organização das Nações Unidas (1945), o Plano Marshall (1947), o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT, futura Organização Mundial do Comércio (1947) e o Tratado da Aliança do Atlântico Norte – OTAN (1949); todos tenham aparecido durante a conflagração ou logo após o seu encerramento. Todos atuando, nesse primeiro momento, segundo a lógica estatal-nacional

---

<sup>876</sup> FRIEDMAN, Milton. **Inflation and Unemployment. Nobel Memorial Lecture**, 1976. In [WWW.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1976/friedman-lecture.pdf](http://WWW.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1976/friedman-lecture.pdf). Acesso em 25/12/2016.12:00 h. p. 270/271. O que Friedman demonstrou, com absoluta eficiência, foi que a Revolução Keynesiana introduziu um novo elemento na já antiga confusão entre preços absolutos e relativos. De tal modo, que os economistas chegaram a ir além do que Keynes teria dito, presumindo uma relação estável entre o nível de desemprego e taxa de inflação. Ao longo dos trinta anos dourados, afirmou Friedman, passaram a ser necessárias doses cada vez maiores de inflação, para manter baixo o desemprego. Em meados da década de setenta, portanto, já se convivia com alta inflação e alto desemprego, o que se convencionou chamar de “estagflação”. Por uma “extrema coincidência”, justamente na mesma época dos choques de oferta de recursos naturais energéticos, da quebra da paridade ouro-dólar e da elevação dos juros básicos norte-americanos, o que resultou na transição paradigmática da organização da produção capitalista.

<sup>877</sup> Termo militar, que designa o local de desembarque em território inimigo, a partir do qual, uma vez consolidada a posição, servirá de base para investidas àquelas linhas e ampliação do território ocupado.

<sup>878</sup> VON MISES, Ludwig. **Interventionism: An Economic Analysis**. Irvington: The Foundation for Economic Education, 1998.p. 70/75. No tópico sobre economia de Guerra, já referindo-se à Segunda Guerra Mundial, com extrema propriedade, Von Mises menciona a nacionalização da fabricação de armamentos na França e no Reino Unido, como exemplos da vitória da mentalidade anti-liberal, em países capitalistas, que teriam ocorrido porque “*business is unpatriotic*”. Com muita verve, disse Von Mises que o governo socialista de Blum foi vitorioso na guerra contra os lucros de guerra, mas, com isso, sequer conseguir lutar na guerra contra os nazistas, em 1940...

<sup>879</sup> ARON, Raymond. **República Imperial. Os Estados Unidos no Mundo do Pós-Guerra**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.p.219.

<sup>880</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural**. op. cit. p. 152.

fordista, mas no caminho da internacionalização de capitais – com a subsequente vedação às desvalorizações de moeda, fomento às atividades de importação e exportação, remoção das barreiras comerciais, utilização do dólar americano como principal divisa internacional, dentre outros aspectos -, bem como, da segurança jurídica, que ela necessitava. Porém, nessa época, a internacionalização do capital financeiro e a financeirização da riqueza ainda eram incipientes.

Todos esses elementos permitem o convencimento da existência de um papel importante do período de guerras, para a consolidação do modelo fordista<sup>881</sup>.

Observa-se, ainda, que o desenvolvimento de novas tecnologias, no período entre-guerras e, mais ainda, no curso da própria conflagração, contribuiu para a formatação do fordismo maduro. O crescimento econômico era liderado pelos setores automobilístico, naval, transportes, concreto, petroquímico, borracha, linha branca – elétricos para consumo -, construção civil e siderurgia. Essas grandes indústrias, por sua vez, concentravam-se em determinadas regiões metropolitanas (Meio Oeste norte-americano, Ruhr, West Midlands, Tóquio-Yokohama), por uma questão logística, uma vez que, assim distribuídas, tornava-se mais fácil a contratação de mão-de-obra - com preparo técnico e abundante – e a distribuição dos bens produzidos entre as demais indústrias e os o mercado dos consumidores finais. Os operários dessas indústrias-chave, bem remunerados, permitiam a formação de uma demanda efetiva, que rapidamente se expandia<sup>882</sup> –, consoante o receituário fordista e keynesiano.

Tal distribuição geográfica determinou a expansão do transporte e de sua infraestrutura, a suburbanização, o desenvolvimento das telecomunicações e do próprio sistema financeiro. Tais núcleos demandavam matérias-primas de todos os lugares do mundo, que eram comercializadas nas bolsas de mercadorias<sup>883</sup>. Essa foi a raiz da aceleração da internacionalização do capital, em período posterior.

Mas o crescimento econômico experimentado não foi espontâneo, porque se baseava em um pacto, no qual, o Estado assumia novos papéis, intervindo na economia para monitorar e domar os ciclos econômicos, além de desenvolver áreas deprimidas; as corporações planejavam o seu crescimento para determinadas direções, a fim de obter rentabilidade segura, sem muitos riscos; o trabalho organizado assumia novas funções no mercado de mão-de-obra e no próprio processo produtivo<sup>884</sup>. Esse sistema era organizado em bases nacionais, com proteção do Estado contra a invasão do mercado consumidor interno por mercadorias

---

<sup>881</sup> JESSOP, Bob. **Fordism and Post-Fordism: a Critical Reformulation**. Londres: Routledge, 1992.p. 55.

<sup>882</sup> Ibid. p. 153/155.

<sup>883</sup> Ibid. p. 155.

<sup>884</sup> Ibid. p. 155.

estrangeiras. Ou seja, a escala econômica nacional estava no centro do arranjo fordista-keynesiano<sup>885 886</sup>. Isso é totalmente relevante para compreender o modelo jurídico internacional existente no período, em contraposição ao atual, fortemente baseado na soberania e tendo como único sujeito de direitos e deveres o Estado nacional.

Cabia às grandes corporações, nesse esquema, garantir lucros constantes em investimentos, que aumentassem a produtividade, proporcionassem o crescimento econômico e elevassem o padrão de vida, o que implicava a necessidade de mudança tecnológica constante e vigorosa, investimento maciço em capital fixo e melhoria da capacidade de administração, tanto na produção, quanto na comercialização. Os ganhos de economia de escala eram obtidos pela padronização dos produtos. Os rumos da concentração econômica fizeram com que a competição nesses setores fosse reduzida, o que permitia às empresas o planejamento e a fixação de preços de oligopólio ou de monopólio. A administração de empresas passou a seguir padrões “científicos”, em todos os seus ramos<sup>887</sup>.

Coube ao Estado, nessa divisão de tarefas, aplicar políticas fiscais e monetárias, que controlassem os efeitos nefastos dos ciclos econômicos. Os gastos públicos dirigiam-se para a área de infra-estrutura e para os serviços públicos, o que era vital para o crescimento da produção, para o consumo de massa e a busca do pleno emprego dos fatores produtivos. O Estado influiu fortemente em questões como benefícios sociais, saúde, educação, moradia e previdência. Indiretamente, a atuação do Estado influiu nos acordos salariais e nos direitos trabalhistas<sup>888</sup>, bem como, na criação de estruturas especializadas, como a Justiça do Trabalho, em alguns países. Posteriormente, com a fundação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, segundo a lógica tripartite do fordismo ( com a participação de empresas, Estados e empregados), os padrões mínimos de direitos trabalhistas foram sendo lentamente internacionalizados<sup>889</sup>.

---

<sup>885</sup> MAHON, Rianne; KEIL, Roger. **Leviathan Undone? Towards a Political Economy of Scale**. Vancouver: University of British Columbia Press, 2010.p.12. Afirmando os autores que a escala nacional era central para o Welfare State keynesiano, tanto nos capitalismo avançados, como nos Estados em desenvolvimento, quanto nos regimes comunistas. Porém, salientam que a relativização de escala, ocorrida recentemente, não significaria que qualquer outra escala tenha tido sucesso em assumir a posição central da escala nacional. Respeitosamente, discorda-se.

<sup>886</sup> BRENNER, Neil. Reflections on the Western European Case. HUEBNER, Kurt. **The New Economy in Perspective. Spaces of Innovation**. Londres: Routledge, 2005. p. 166. Salienta Brenner que, mesmo no curso da década de setenta, entre os choques do petróleo de 1973 e 1979, os governos europeus ainda tentaram adotar soluções com base no keynesianismo espacial, através do gerenciamento da demanda efetiva nacional, apesar da reestruturação sistêmica para a escala mundial econômica.

<sup>887</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural**. op. cit. p. 157.

<sup>888</sup> Ibid. p. 157/158.

<sup>889</sup> <http://www.oit.org.br/content/hist%C3%B3ria>. Acesso em 12/01/2017. 17:38 h. A organização internacional se gaba de ser a única com essa composição tripartite. Por que será ?



Dessa forma, o fordismo tornou-se mais uma modo de vida<sup>890</sup>, do que, propriamente, um mero sistema de produção em massa, tendo influenciado, em muitos aspectos, o mundo cultural, eis que, como salienta Jessop, era, a um só tempo, um processo de trabalho, um regime de acumulação e uma forma social de regulação econômica (que incluía normas, instituições, formas organizacionais, redes sociais e padrões de conduta). A partir do momento em que foi exportado para os países devastados pela guerra, internacionalizou-se como forma de produzir, para o quê, muito contribuiu o Plano Marshall<sup>891</sup>. Em um segundo momento, chegou às antigas colônias<sup>892</sup>. Nesse ponto, já se fala em “Alto Fordismo”.

A internacionalização<sup>893</sup> do fordismo, como padrão de acumulação, possibilitou a instalação de produção e consumo de massa em outros pólos mundiais, o que levou a uma intensificação do comércio mundial e à realização de maciços investimentos diretos dos Estados Unidos, especialmente, nos países europeus. Evidentemente, esse aumento levou a uma necessidade de normatização desses elementos, no espaço jurídico internacional, o que se fez através da criação das organizações internacionais e da celebração de tratados e convenções internacionais<sup>894</sup>.

Esses movimentos conduziram a uma progressiva redução do *superavit* norte-americano com o resto do mundo – o que, posteriormente, veio a transformar-se em *deficit* crescente – e a uma nova dinâmica do capitalismo<sup>895</sup>, eis que foi internacionalizando-se. Esse fato levou ao barateamento das matérias-primas, em especial, da energia. Além disso, algumas atividades econômicas, pela sua própria natureza, desenvolveram-se muito além da escala nacional, como ocorreu com o setor financeiro, transportes, turismo e outros grupos de serviços.

---

<sup>890</sup> JESSOP, Bob. op. cit. p. 43/44.

<sup>891</sup> MARTÍNEZ, Rafael Cervantes et alli. op. cit. p. 94/95.

<sup>892</sup> BONNANNO, Alessandro; CAVALCANTI, Josefa Salete Barbosa. **Globalization and the Time-Space Reorganization: Capital Mobility in Agriculture and Food in the Americas. Research in Rural Sociology and Development**, vol. 17. Bingley: Emerald, 2011.p. 13/16. Afirmam os pesquisadores que, após a Segunda Guerra Mundial, houve uma profunda reorganização do fordismo, que se tornou mundial, por força da hegemonia norte-americana, das instituições internacionais do fordismo e com a mediação do Estado nacional. Trata-se do Alto Fordismo, que se caracterizava pelo capitalismo regulado, que é a “intervenção sistemática do Estado-nação na organização do capitalismo”.

<sup>893</sup> MARTÍNEZ, Rafael Cervantes et alli. op. cit. p.88/89.

<sup>894</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Economia Internacional no Século XX: um Ensaio de Síntese**. Brasília: Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 44, n. 1, 2001, p. 125.

<sup>895</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural**. op. cit. p. 159/160.

No nível internacional, o pacto fordista corporificava-se através de alianças militares<sup>896</sup> entre os países não-comunistas e na base institucional dos Acordos de Bretton Woods<sup>897</sup>, com o dólar assumindo o caráter de divisa internacional<sup>898</sup>.

Ora, em que medida tais características do padrão de acumulação fordista se relacionariam com o Direito Internacional existente à época? Melhor ainda, por que a "ordem" jurídica internacional apresentava-se com determinada configuração, à época do predomínio do padrão de acumulação fordista?

A pergunta embute uma premissa, de que o Direito e a ordem jurídica configuram-se, em função de um modo peculiar de produzir, que é o predominante, em dado período e local. O que vale, segundo o mesmo prisma, para o Direito Internacional e a "ordem" jurídica internacional.

A premissa é comprovada, quando se observa que o Direito Internacional e a "ordem" jurídica internacional favoreciam a acumulação capitalista, organizada em uma escala nacional, atuando de forma intervencionista. Não se tratava mais do "*laissez-faire*", predominante no século XIX e início do século XX<sup>899900</sup>.

Com efeito, naquela época, em que predominava o Liberalismo Econômico, o Direito Internacional ainda tinha a sua própria existência como ramo questionada<sup>901</sup>; resumia-se ao costume internacional e a tratados que versavam sobre fronteiras, guerra e paz; ao final do século XIX, apenas, começou a incorporar alguns poucos tratados internacionais sobre assuntos de interesse realmente internacional<sup>902</sup> (tal como era o caso dos que tratavam da Comissão Internacional e das Uniões Administrativas Internacionais, como a União Postal Universal, por exemplo) e ainda se defendia - quando se defendia - a existência de uma "sociedade internacional"<sup>903</sup>, não de um "sistema" jurídico internacional, que pressupõe uma

<sup>896</sup> MARTÍNEZ, Rafael Cervantes et alli. op. cit. p.95/96.

<sup>897</sup> Ibid. p.94/95.

<sup>898</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural**. op. cit. p.160.

<sup>899</sup> MONGIN, Olivier. **Du Capitalisme Fordiste au Capitalisme Patrimonial**. Paris: Revue Esprit, novembro/1998.p.1.

<sup>900</sup> HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro**. op. cit. p. 145.

<sup>901</sup> WEIL, Prosper. **Le Droit International en Quête de son Identité. Cours Général de Droit International Public**. vol. 237. Leiden: Nijhoff, 1992.p. 43/47.

<sup>902</sup> KUNZ, Josef L. **La Crise et la Transformation du Droit des Gens**.vol 88. Leiden: Nijhoff, 1955.p.47.

<sup>903</sup> RALPH, Jason. **Defending the Society of States: Why America Opposes the International Criminal Court and Its Vision of World Society**. Oxford: Oxford University Press, 2007.p. 35. No Caso Lotus, como lembra o autor, foi dito que "o Direito Internacional regula a relação entre Estados independentes", de modo que, "restrições à liberdade dos Estados não podem ser, então, presumidas". As restrições só poderiam existir, caso os próprios Estados concordassem, em tratados ou convenções. Não existia, portanto, a idéia de um fim geral, nas regras jurídicas internacionais ou de uma unidade dessa comunidade em torno deles. Havia, naquela época, somente uma limitação pontual da soberania, pelas próprias soberanias. A sociedade internacional era, então, um espelho da ordem interna liberal, na qual, tudo se poderia fazer, que não fosse proibido por lei.

unidade de escopo, de fins, uma teleologia, como viria a ser afirmado, por exemplo, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no Caso Lotus<sup>904</sup>, que é comentado mais adiante, nesta tese.

Além disso, não havia a menor perspectiva de criação de entes supranacionais e algumas poucas organizações internacionais engatinhavam; dentre outras características, que se casavam um modelo de economia internacional com poucas trocas comerciais internacionais, as quais, eram mais intensas no interior dos grandes impérios<sup>905</sup>, envolvendo a metrópole e suas colônias<sup>906</sup>.

Mais ainda, se tratava de uma economia que ainda não visualizava um consumo de massa, por falta de uma demanda efetiva, dadas as desproporções de renda entre as diversas classes sociais. Essas trocas comerciais, frequentemente, envolviam grandes companhias privadas<sup>907</sup>, como eram as companhias de comércio do Reino Unido e da Holanda (as "Companhias das Índias"), sendo o Estado um mero "*gendarme*", pouco intervindo, com raríssimas exceções, salvo para cobrir os seus prejuízos, em razão da pressão das empresas privadas sobre os Parlamentos<sup>908</sup>.

A lógica do discurso político e econômico liberal inundava o próprio Direito Internacional, o qual, jamais ocupou o centro dos interesses dos intelectuais liberais, havendo, primeiro, uma visão de "estado de natureza", na relação entre os diferentes Estados<sup>909</sup> - Koskenniemi menciona Hobbes, Pufendorf e Locke -; para, depois, vir à tona uma visão de cooperação, muito similar àquela da "mão invisível" da Economia, onde cada Estado, buscando a auto-preservação, teria o direito de fazer o que fosse possível para esse fim,

<sup>904</sup> WEIL, Prosper. **Le Droit International en Quête de son Identité. Cours Général de Droit International Public**. vol. 237. op. cit. p. 34.

<sup>905</sup> CLÉMENT, Alain. **Du Bon et du Mauvais Usage des Colonies: Politique Coloniale et Pensée Économique Française au XVIIIe Siècle**. Paris: L'Harmattan, Cahiers d'Économie Politique, n. 56, 2009/1.p.1/29. O economista destaca a crítica dos fisiocratas ao pacto colonial.

<sup>906</sup> KRASNER, Stephen D. **State Power and Structure of International Trade**. Cambridge: World Politics, vol. 28, n. 3, abril/1976. p. 326. O autor refere-se, por exemplo, ao período iniciado na década de vinte e encerrado no final da Segunda Guerra Mundial, no qual, a Grã-Bretanha passou a adotar uma política de preferências coloniais(1919) e ampliou as suas barreiras tarifárias (1921); ocorreu a Conferência de Ottawa (1932), que introduziu extensas preferências imperiais; e a Alemanha e o Japão estabeleceram blocos comerciais nas suas próprias esferas de influência, apenas para exemplificar.

<sup>907</sup> MARX, Karl. **A Companhia das Índias Orientais: Sua História e as Consequências de su Actividade**. Nova Iorque: New York Daily, 24/06/1853. In <https://www.marxists.org/portugues/marx/1853/06/24.htm>. Acesso em 20/09/2016. 17:40 h. p. 1/10.

<sup>908</sup> MARX, Karl. **A Companhia das Índias Orientais: Sua História e as Consequências de su Actividade**. op. cit.p. 3. Também, CLÉMENT, Alain. op. cit. p.19/20. O grande paradoxo era o do discurso da livre iniciativa e da liberdade de comércio, vis-à-vis a manutenção de monopólios comerciais, em benefício de pessoas privadas, mediante verdadeiros subsídios públicos.

<sup>909</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.p.90/91.

partindo-se do princípio que teriam igual direito de fazê-lo - nesse ponto, Koskenniemi<sup>910</sup> cita Hume<sup>911</sup>, como exemplo.

Por isso, não era incomum o negacionismo, como se pode ver em Austin<sup>912</sup>, por exemplo, para quem todo o direito positivo decorre de um poder soberano, que o aplica em seu território de domínio, de modo que o Direito Internacional somente poderia ser moralidade positiva, como "as leis da honra e as leis da moda". No campo internacional, para Austin, não haveria um "legislador reconhecido" para fazer as leis, um "Judiciário reconhecido" para aplicá-las e "sanções reconhecidas", que possam ser aplicadas pelo Judiciário.

Com uma só cajadada, o pensamento liberal proporcionou os fundamentos para a justificação de sociedade internacional e da primazia do Princípio da Soberania.

Ora, quando a lógica econômica muda, a partir das primeiras décadas do século XX, na medida em que o padrão de acumulação fordista vai se tornando hegemônico, algumas mudanças começam a ocorrer, *pari passu* - o que indica, ao menos, uma correlação entre os fenômenos. Não foi por acaso que, na mesma época, a partir da terceira década do século XX, em especial, passou-se a falar, novamente, em comunidade internacional<sup>913</sup><sup>914</sup><sup>915</sup>, ao invés de sociedade internacional liberal clássica.

Como já visto, na descrição do padrão de acumulação fordista, algo que se nota é que, diferentemente do período anterior, de liberalismo clássico, o Estado passa a ter um papel mais ativo na economia, com as suas políticas econômicas, em especial, com a finalidade de domar os ciclos econômicos; também intervém para regular as relações entre os agentes econômicos<sup>916</sup> - distinguindo Moncada entre a constituição estatutária e a programática, deixando claro que não se discute mais a legitimidade das normas constitucionais

---

<sup>910</sup> Ibid. p.91.

<sup>911</sup> GILROY, John Martin. **An Evolutionary Paradigm for International Law: Philosophical Method, David Hume and the Essence of Sovereignty**. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2013.p.46. A Filosofia Política de Hume, segundo Gilroy, provê uma definição dinâmica de governança, extraída da convenção social, na qual, são permitidos diferentes níveis e complexidades de sanções, todas consideradas Direito Internacional, desde que, obedeçam ao critério de assegurar o processo de cooperação. Segundo esse ponto de vista, a soberania era vista como a criatura de uma política sistemática de codificação progressiva, como regra de adjudicação.

<sup>912</sup> EASTWOOD, R.A. **A Brief Introduction to Austin's Theory of Positive Law and Sovereignty**. Londres: Sweet & Maxwell, 1916. p. 33/35.

<sup>913</sup> SMUTS, Jan Christiaan. **The League of Nations. A Practical Suggestion**. Londres: Hodder and Stoughton, 1919.p. 29.

<sup>914</sup> LAUTERPACHT, Hersch. **The Function of Law in International Community**. Oxford: Clarendon Press, 1933.p.432/434

<sup>915</sup> KELSEN, Hans. **Théorie Du Droit International Public. Recueil des Cours**,vol.84. Leiden: Nijhoff, 1953.p. 11.

<sup>916</sup> MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Económico**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.p. 82/83.

programáticas, mas os limites de sua eficácia jurídica<sup>917</sup> -, o que propiciou o desenvolvimento de novos ramos no Direito, como ocorreu com os direitos sociais em geral (Direito do Trabalho - as primeiras normas protetivas surgiram, quase que ao mesmo tempo, no direito interno e internacional<sup>918</sup> - e Direito Previdenciário), além do Direito Econômico - com o surgimento da ideia de uma "constituição econômica", após a promulgação da Constituição de Weimar<sup>919</sup> -, em suas várias matizes (por exemplo, houve a consolidação da legislação anti-truste e do seu aparato correspondente<sup>920</sup>). A extensão das funções do Estado, no dizer de Grau<sup>921</sup>, foi uma "exigência do processo de acumulação do capital".

O próprio conceito de "constituição econômica"<sup>922</sup> permite entrever a dinâmica dessa relação entre Direito e Economia, que caracterizou o modelo fordista, eis que é vista como sendo o "conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada 'ordem econômica'". Evidentemente, não havia a necessidade de se conceituar a "constituição econômica", no modelo anterior, pura e simplesmente, porque o Estado não "instituiu" forma de organização e funcionamento alguma.

Em paralelo, o Direito Internacional começa a ensaiar um crescimento, que se revela no incremento das arbitragens internacionais<sup>923</sup>, em um primeiro momento; na posterior criação da Liga das Nações e, posteriormente, da Organização das Nações Unidas e de seus mecanismos de solução de controvérsias respectivos<sup>924</sup>; no aumento da quantidade de tratados internacionais e, até mesmo, em algum grau, na maior variedade de temas<sup>925</sup>, sobre os quais passaram a tratar; no papel, cada vez mais importante, das organizações internacionais; bem como, no surgimento e consolidação da ideia de "sistema" jurídico internacional<sup>926</sup>, que será

---

<sup>917</sup> Ibid. p. 83.

<sup>918</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.222/223. Pela sequência: na Constituição Mexicana, de 1917; na Constituição de Weimar, de 1919; e no Tratado de Versailles (Capítulo XII, Segunda Parte), de 1919.

<sup>919</sup> GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p.62.

<sup>920</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.p.11. Segundo o doutrinador, o Sherman Act, de 1890, teria sido o marco inicial do Intervencionismo.

<sup>921</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit.p.21.

<sup>922</sup> MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas, 1974.p. 35. *Apud* GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 62.

<sup>923</sup> GAURIER, Dominique. **Histoire du Droit International. De L'Antiquité à la Création de l'ONU**. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2014.p. 650/682.

<sup>924</sup> Ibid. p.682/693.

<sup>925</sup> AUBY, Jean-Bernard. **La Globalisation, le Droit et L'État**. 2 ed. Paris: LGDJ, 2010.p. 226/227.

<sup>926</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Verdross et la Théorie du Droit**. Fiesole: European Journal of International Law, 1994, vol. 5. p. 56.

objeto de um estudo especial, no capítulo seguinte, porque é relevante para a discussão sobre o risco de quebra da unidade do Direito Internacional.

Mas, um detalhe essencial da mudança do paradigma liberal para o fordista, que repercutiu no Direito Internacional, foi a mudança no sentido da "escala econômica nacional", porque, com o passar do tempo, no curso do século XX, os grandes impérios coloniais foram desmoronando, da mesma forma que aquela economia circular metrópole-colônia, o que ficou conhecido como "pacto colonial", também existente no Neocolonialismo, do século XIX e início do século XX<sup>927</sup>. Não havia mais a abundância de matéria-prima barata<sup>928</sup> - a disputa por essas fontes, antes disso, foi uma das causas das guerras mundiais -; existia, internacionalmente, uma guerra econômica, baseada na manipulação das taxas cambiais pelo Estado; as incertezas trazidas pelas guerras do período, da mesma forma, não permitiam maior previsibilidade, no que toca à possibilidade de internacionalização do capital. Por isso, houve uma aliança entre o setor privado e o público, não apenas mais, para estabelecer a ordem no interior de cada país, mas de buscar uma ordenação internacional, uma "ordem econômica internacional".<sup>929</sup>

Por outro lado, como já visto na descrição do padrão de acumulação fordista, há pouco, existia uma verdadeira simbiose entre o capital e o Estado nacional, sem falar nos sindicatos de trabalhadores. Tal quadro favorecia o discurso da soberania nacional, ao mesmo tempo em que esse princípio era considerado o "mais importante" do Direito Internacional<sup>930</sup>, traduzindo-se na "igualdade soberana dos Estados nacionais" - *parem im parem, non habet imperium*<sup>931</sup>.

---

<sup>927</sup> FALK, Richard. **La Globalización Depredadora. Una Crítica**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno de Argentina, 2002.p. 245. Falk sustenta que a autodeterminação e o nacionalismo, durante muito tempo, levantaram a questão da legitimidade e a própria estabilidade do sistema colonial. Porém, somente com a vinda a público da proposta de reforma global de Wilson, ao final da Primeira Guerra Mundial, tais idéias subversivas teriam sido validadas, o que teria dado alento aos independentistas, da mesma forma que a Revolução Bolchevique, de 1917.

<sup>928</sup> NWAUBANI, Eber. **The United States and Decolonization in West Africa, 1950-1960**. Rochester: University of Rochester Press, 2001.p.62. O autor destaca dois dados muito interessantes. O primeiro dá conta da importância das exportações da África Ocidental para a Europa, em 1948, que montavam a 2,5 milhões de dólares, apenas metade do valor das exportações norte-americanas para o mesmo destino. Ainda não havia ocorrido a descolonização desses países, nessa época. O segundo dado refere-se a um relatório da International Material Policy Commission, nomeada por Truman, datado de julho de 1952, informando sobre o aumento da demanda por matérias-primas e o conseqüente aumento crescente dos preços, que poderia gerar uma crise, que minaria o padrão de vida norte-americano, desafiaria a qualidade dinâmica do capitalismo norte-americano e enfraqueceria as fundações da segurança nacional. Para tanto, a comissão recomendou o aumento das importações do Canadá, da América Latina, da África, do Oriente Médio e do Sul e Sudeste Asiático. Era o fordismo se internacionalizando.

<sup>929</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit. p. 22.

<sup>930</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. **The Fundamental Principles of International Law**, vol. 87. Leiden: Nijhoff, 1955.p. 227.

<sup>931</sup> Ibid. p. 225.

A bem da verdade, o discurso da soberania nacional - não se está dizendo que a soberania não seja um fenômeno - era muito útil, no curso do lapso de domínio do padrão de acumulação fordista, para que as políticas protecionistas<sup>932</sup> se viabilizassem, em especial, em benefício do grande capital industrial, o setor econômico que era o politicamente mais forte, no período. Da mesma maneira, facilitava a aceitação das sucessivas desvalorizações de moeda, para trazer competitividade econômica às empresas nacionais, mesmo que, à custa de prejuízos à economia interna, em especial, por conta da inflação e da perda da dinâmica, em matéria de inovação tecnológica.

Porém, a economia baseada em produção em massa, nem sempre podia confiar na capacidade da demanda efetiva interna, para a absorção do que era produzido, o que levou à necessidade de transbordamento dos excedentes produzidos para mercados no exterior. Do mesmo modo, o aumento da demanda e a elevação do preço das matérias-primas fez com que as importações também se elevassem, em valor e quantidade. Mas, isso só seria possível, se houvesse uma configuração de Direito Internacional, que permitisse um mínimo de previsibilidade para o capital e mecanismos internacionais de redução de tarifas de comércio, o que, exatamente, passou a ocorrer, após a Segunda Guerra Mundial, conforme Krasner<sup>933</sup>.

Por isso, para atender a essa necessidade do capital industrial, vítima de seu próprio sucesso, observou-se o surgimento de uma nova "sociedade internacional", sem órgãos supranacionais, mas em um regime de coordenação, baseada na ideia de que os Estados, voluntariamente, concordavam que seria preciso estabelecer alguma ordem, na anarquia existente no ambiente internacional. Mas, sem ameaças ou imposições aos poderes soberanos<sup>934935</sup>.

Assim, o padrão de acumulação fordista, o Intervencionismo, o Princípio da Soberania Nacional e da Igualdade Soberana dos Estados Nacionais, todos unidos em um casamento de conveniência, propiciaram a criação de um ambiente jurídico totalmente diverso daquele existente, poucos anos antes, na esfera internacional.

É de se notar que esse molde, ao menos, até o final da Segunda Guerra Mundial, permitia a acomodação de países democráticos ou de nazi-fascismos de toda a natureza - e, mesmo, até posteriormente, dos Estados socialistas, que, teoricamente, não compartilhavam

---

<sup>932</sup> JENKINS, Brian; SOFOS, Spyros A. *Nation and Nationalism in Contemporary Europe. A Theoretical Perspective*. JENKINS, Brian; SOFOS, Spyros A.(Org.). **Nation and Identity in Contemporary Europe**. Londres: Routledge, 2003.p. 20.

<sup>933</sup> KRASNER, Stephen D. **State Power and Structure of International Trade**. op. cit. p. 326. O autor faz referência à rodada multilateral de Genebra, de 1947, além da Rodada Kennedy, dos anos sessenta.

<sup>934</sup> SMUTS, Jan Christiaan. **The League of Nations. A Practical Suggestion**. op. cit. p. 29.

<sup>935</sup> LAUTERPACHT, Hersch. **The Function of Law in International Community**. op. cit. p.432/434.

do credo capitalista, mas continuavam a interagir com esse mercado e dele fazer parte, ainda que indiretamente, como se observará, mais a frente, ao estudar os "eurodólares" e o "euromercado".

Porém, a partir do momento em que o capital realmente internacionaliza-se, com a formação de uma economia mais forte na Europa e nos Estados Unidos, bem como, com o influxo de capitais no mercado financeiro europeu, alguns anos depois da Segunda Guerra Mundial, - em especial, Londres -, inicia-se a fase de transição do capitalismo fordista para o capitalismo flexível. Nesse período, o Direito Internacional também começa a mudar. É ingênuo pretender estudar essa transição, a partir do início da década de setenta, quando ela passou a ser mais facilmente notada, porque as suas bases estão localizadas, no mínimo, uma década atrás, como se verá.

Não é preciso ter fé para crer nessa interação, existente entre a mudança da forma de organização da produção e a mudança do Direito Internacional, basta observar a sequência de eventos que levou ao padrão de acumulação flexível e à nova lógica, que se impôs à regulação, na esfera internacional. Exatamente, por isso, é essencial que, mesmo em uma tese jurídica, se compreenda, nos mínimos detalhes, como se deu a formação de um mercado financeiro verdadeiramente internacionalizado.

Sem embargo, a alteração do padrão de acumulação não se deu em dias, mas em décadas. Para que se possa ter total consciência sobre a forma como ela ocorreu, será necessário aprofundar o estudo histórico do mercado de eurodivisas e do sistema financeiro "off-shore", além das próprias ações do governo norte-americano, na tentativa de minorar a perda relativa de seu poder, estendendo-se tal reação, pelo lapso de oito anos (1971-1979).

Mas, por que estudar o mercado de eurodivisas, para explicar a mudança do capitalismo fordista para o flexível? Qual a sua importância? No dizer de Einzig, a sua existência constituiu uma mudança institucional de enorme importância, pela criação de um "verdadeiro mercado monetário internacional".<sup>936</sup> Foi a partir daí, com a efetiva internacionalização do mercado financeiro, que esse setor econômico veio a assumir a hegemonia e transformar o capitalismo<sup>937</sup>.

Nesse sentido, houve assim uma primeira experiência de formação de um mercado que superava a fronteira nacional e sua regulação restritiva, tornando obsoletos, em certa medida, os seus poderes soberanos. Em especial, os poderes soberanos de regulação do país

---

<sup>936</sup> EINZIG, Paul. **The Euro-Dollar System: Practice and Theory of International Interest Rates**. 5 ed. Londres: Macmillan, 1973.p.4.

<sup>937</sup> VASUDEVAN, Ramaa. **Finance, Imperialism and the Hegemony of the Dollar**. Nova Iorque: Monthly Review, vol. 59, Assunto 11, abril/2008.p. 5/6.



hegemônico, o que representa uma boa mostra do poder do capital financeiro, suplantando a força do capital industrial, nessa nova fase da economia mundial.

Assim, em primeiro lugar, convém explicar que foi gradual a formação do mercado de eurodivisas, em especial de “eurodólares” – que eram “aqueles dólares depositados por residentes - ou não-residentes - nos Estados Unidos, em casas bancárias localizadas fora das fronteiras daquele país, incluindo nesse bojo, as sucursais estrangeiras dos bancos com sede central situada naquele país”<sup>938</sup>.

Os referidos depósitos, via de regra, não necessariamente, exigiam deslocamento físico dos dólares, do território dos Estados Unidos, dizendo respeito a direitos contra os bancos norte-americanos, tratando-se de obrigações de curto prazo, com pagamento em dólar<sup>939</sup>. Não era a nacionalidade do titular do depósito que diferenciava dólares e eurodólares, apenas a localização geográfica do dito depósito. Os “eurodólares” eram dólares americanos adquiridos e negociados fora dos Estados Unidos.

Logo, as condições de regulação desse mercado de divisas eram diversas daquelas existentes no mercado monetário norte-americano. Em que pese o fato do termo “euro” sugerir que o mercado operava somente na Europa, essa impressão é falsa, porque o Japão, o Canadá, países do Caribe e Cingapura já participavam ativamente dele<sup>940</sup>. O sufixo “euro” derivou do código, usado pelas autoridades monetárias da Europa Oriental, quando transferiam recursos para o “*Banque Commercial Pour L’Europe du Nord*”, alcunhado de “*Euro-banque*”, dependente do banco estatal soviético<sup>941</sup>.

As “euomoedas”, no mercado de eurodivisas, obedeciam a duas condições: elas tinham livre conversibilidade em outras moedas, pelos não-residentes – porque boa parte dos recursos captados em tal mercado supria necessidades financeiras em países diversos do local de emissão -, e o local, a partir do qual, se operava com a referida moeda, não controlava ou restringia os depósitos em moeda estrangeira – em razão da alta competitividade desse mercado. Esse fato desautorizava a diminuição do nível de atividade dos eurobancos ou a retenção de recursos neles depositados, por exemplo, sob a forma de reservas compulsórias de depósitos.

O dólar americano tinha uma importância fundamental no mercado de eurodivisas, na verdade, muito superior a de todas as demais euomoedas, devendo ser lembrado que ele já

<sup>938</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. **Mercado de Eurodivisas. Analisis de su Evolución e Implicaciones**. Madrid: Fundación Universidad Empresa, 1980.p.26.

<sup>939</sup> Ibid. p.28.

<sup>940</sup> McKINNON, Ronald I. **The Eurocurrency Market**. New Jersey: Princeton University. Essays in International Finance, n. 125, 1977.p.2.

<sup>941</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.26/27.

era a divisa internacional, nesse período. Em março de 1976, apenas para exemplificar, o dólar correspondia a 72% das transações do mercado de eurodivisas, sendo a segunda moeda, o marco alemão, com apenas 12%<sup>942</sup>. Interessante notar que, nesse mesmo ano de 1976, o BIS (Bank of International Settlement) observou que o total de depósitos de euromoedas superava o total de depósitos da soma dos sistemas bancários dos países europeus mais importantes<sup>943</sup>.

Essa proeminência do dólar americano, no mercado financeiro internacional, como um todo, não decorreu de acaso, mas do fato de, no curso das negociações da Conferência de Bretton Woods, se ter rejeitado as propostas de controles de capitais - com a aposta em um padrão-dólar puro -, em função do temor dos banqueiros de Wall Street, de que eles impusessem redução das margens de lucro, no recebimento de quantias da Europa. Além disso, temia-se que o Reino Unido pudesse se utilizar dos controles de capitais, com o intuito de brechar a ascendência do dólar americano, no sistema financeiro internacional<sup>944</sup>. Pelos temores, verifica-se que o mercado financeiro norte-americano e o governo daquele país acabaram por encontrar objetivos estratégicos comuns.

Por outro lado, os volumes operados pelos eurobancos eram assim tão destacados, porque eles atuavam como intermediários entre os bancos norte-americanos e os titulares das obrigações, o que conduzia a uma estreita margem de remuneração. Logo, só era válido agir nesse mercado, se as transações tivessem escala suficientemente significativa. No entanto, diversamente do que se dava com os bancos norte-americanos, os eurobancos encontravam limitação somente através da legislação de seu país de origem, oferecendo consideráveis vantagens competitivas a praças financeiras especializadas, como Londres ou Nassau, porque elas já contavam com legislação mais flexível.

Muito embora tenha surgido com a finalidade de financiar o comércio internacional, ao final da década de setenta, o mercado de eurodivisas respondia por apenas um quarto do total dessas operações, passando ele a atuar na intermediação entre diversos mercados monetários nacionais, dando maior mobilidade ao capital<sup>945</sup>. Assim, perdeu importância o aspecto do crédito à econômica real, sendo robustecida a atividade de mera arbitragem de taxas, entre os diferentes mercados nacionais de moedas, que é uma forma de especulação financeira.

Observa McKinnon que, a rigor, o mercado de eurodivisas seria inútil para esse fim, porque o processamento de pagamentos internacionais, o fornecimento de proteção cambial e

---

<sup>942</sup> Ibid. p.27/28.

<sup>943</sup> McKINNON, Ronald I. op. cit. p.1.

<sup>944</sup> VASUDEVAN, Ramaa. op. cit. p. 5.

<sup>945</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.29.

o crédito de curto prazo para o comércio internacional poderiam ser supridos por um sistema, no qual, os bancos comerciais, em cada país, aceitassem depósitos de estrangeiros e nacionais, em moeda do próprio país. Tais bancos poderiam recorrer ao sistema interbancário, já existente, para suprir a necessidade de financiamento do comércio internacional.<sup>946</sup> Então, por que esse mercado se desenvolveu e com volumes tão expressivos?

Tal desenvolvimento teria ocorrido por conta da regulação imposta pelos Estados nacionais sobre seus residentes, operando com a sua própria moeda. Pelo contrário, não-residentes tinham muito mais liberdade para realizar depósitos ou obter crédito em moeda estrangeira, nesse mesmo sistema bancário nacional.<sup>947</sup>

Dessa forma, os mercados financeiros "*off-shore*" menos regulados passaram a levar vantagem sobre os seus concorrentes do sistema bancário tradicional de câmbio de moeda estrangeira, muito mais limitados pela regulamentação de cada Estado nacional.<sup>948</sup> Mais do que isso, o mercado de eurodólares servia, essencialmente, para encorajar investidores estrangeiros a financiar o constante déficit norte-americano, para com o resto do mundo, exatamente, por conta de seu caráter líquido e não-regulado<sup>949</sup>.

É de se chamar a atenção para os novos aspectos que surgem com esse mercado, como a maior flexibilidade na regulação do capital, o peso da economia de escala, a eliminação de restrições à movimentação do capital e a financeirização da riqueza. Não por acaso, trata-se do limiar do padrão de acumulação flexível.

O mercado de eurodivisas era, assim, interbancário e de intermediários<sup>950</sup>. A partir de 1966, com a criação dos certificados de depósito em eurodólares, um mercado secundário surgiu, possibilitando liquidez razoável e um rendimento similar ao dos depósitos de curto prazo<sup>951</sup>, iniciando um processo de financeirização da riqueza, que é hoje observado nos derivativos, chamados de "a fonte dos riscos sistêmicos".<sup>952</sup>

Ao final da década de cinquenta, esse mercado era um mero apêndice do mercado financeiro norte-americano, já que os depósitos existentes em bancos europeus serviam para reinvestimento nos mercados monetários norte-americanos, apenas. Porém, o mercado veio a se desenvolver autonomamente, por força de alguns fatores, como a falta de confiança das autoridades monetárias soviéticas no sistema financeiro norte-americano, em função da

<sup>946</sup> McKINNON, Ronald I. op. cit. p.1.

<sup>947</sup> Ibid.p.2.

<sup>948</sup> Ibid. p.2.

<sup>949</sup> VASUDEVAN, Ramaa. op. cit. p. 6.

<sup>950</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.30.

<sup>951</sup> Ibid. p.32/33.

<sup>952</sup> SINGH, Kavalijit. **Taming Global Financial Flows. Challenges and Alternatives in the Era of Financial Globalization: A Citizen's Guide**. Londres : Zed Books, 2000. p. 24.

Guerra Fria; a crise da libra esterlina de 1957, que levaram a restrições monetárias no Reino Unido; o restabelecimento da conversibilidade das principais moedas européias, em 1958; os crônicos *deficits* da balança de pagamentos dos Estados Unidos; e, por fim, as regulações restritivas sobre o setor financeiro dos Estados Unidos <sup>953</sup>.

Quanto ao primeiro fator, o risco de confisco ou bloqueio dos ativos soviéticos em dólares, nos bancos norte-americanos, ao final da década de cinquenta, determinou a retirada de recursos soviéticos para os bancos “*Moscow Narodny Bank*” - em Londres - e “*Banque Commerciale pour L’Europe du Nord*” – em Paris<sup>954</sup>, ambos relacionados ao “*Gosbank*” soviético. Para que os saldos fossem remunerados em dólares americanos, começaram as operações financeiras triangulares, que envolviam a União Soviética e todos os países satélites da Europa Oriental. Os dólares eram necessários para o pagamento de importações e o fechamento da balança de pagamentos. Sem esse aporte dos países socialistas, o mercado já existente não teria o volume suficiente para poder funcionar com a margem minimamente necessária para remunerar a intermediação <sup>955</sup>.

O segundo fator foi a crise da libra esterlina, em 1957. Ela causou inúmeros desequilíbrios na balança de pagamentos do Reino Unido, de modo que as autoridades britânicas foram obrigadas a tomar medidas restritivas, impedindo o acesso de não-residentes às libras esterlinas. Pretendia-se prevenir o risco de arbitragem contra aquela moeda, eis que, se aguardava uma possível desvalorização. Os bancos da praça financeira de Londres, então, cobriram o excesso da demanda por libras com o uso de outras divisas, em especial, o dólar. Os demais mercados, como conseqüência, também notaram as vantagens da mobilização de recursos em dólares e da intermediação <sup>956</sup>.

O forte ataque especulativo sofrido pela libra esterlina, no ano de 1957, ocorreu porque o sistema monetário britânico estava mais fragilizado do que o dos demais países da Europa Ocidental, em razão da Crise do Canal de Suez, bem como, pelo fato de uma inflação maior do que a de seus congêneres. Tudo isso ameaçou o sistema de paridades, estabelecido no Tratado de Bretton Woods. Desse modo, foram estabelecidas restrições ao crédito em libras para não-residentes e mesmo para países envolvidos em transações com terceiros, no interior da área da libra esterlina. Esses fatores, aliados a uma política monetária restritiva,

---

<sup>953</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.39/41.

<sup>954</sup> AJAMI, Riad A.; COOL, Karel; GODDARD, G. Jason; KHAMBATA, Dara. **International Business. Theory and Practice**. 2 ed. Armonk (N.Y.): M.E. Sharpe, 2006.p. 277/278.

<sup>955</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.41/42.

<sup>956</sup> Ibid. p.43/44.

com elevação das taxas de juros básicas e imposição de tetos a empréstimos domésticos ou externos<sup>957</sup>.

Tamanha foi a importância da crise da libra esterlina, de 1957, que o Fundo Monetário Internacional se viu obrigado a socorrer os países diretamente envolvidos na Crise de 1956, do Canal de Suez, em especial, o Reino Unido, tendo sido a primeira situação em que o FMI foi obrigado a gerenciar uma crise, desde a sua fundação e o início de suas operações financeiras<sup>958</sup> - o que só veio a ocorrer, efetivamente, em 1947.

Interessante notar que o Reino Unido não estava qualificado para receber o socorro do Fundo Monetário Internacional, porque havia uma vedação para empréstimos, no caso de uma "grande e sustentável" fuga de capitais, que foi o que ocorreu, em 1957. Ora, afirma Boughton, com toda precisão, que se a fuga de capitais não fosse grande e sustentável, como de fato foi, a ajuda do Fundo Monetário Internacional ao Banco da Inglaterra seria, de todo, dispensável<sup>959</sup>.

O terceiro fator foi a volta da conversibilidade das moedas dos principais países europeus, em dezembro de 1958<sup>960</sup>, em razão da evolução do sistema monetário mundial, que levou à distribuição da liquidez entre diferentes mercados. Com efeito, houve uma liberalização do movimento internacional de capitais, com maior comunicação entre os mercados financeiros e a criação das condições institucionais para o desenvolvimento dos fluxos de capital de curto prazo, que exigiu a conversibilidade das diferentes moedas européias. Porém, o movimento de liberalização do movimento de capitais só foi possível, por conta da massa inmensurável de recursos que saía dos Estados Unidos, por causa dos seguidos *deficits* da balança de pagamentos, inundando os mercados monetários europeus.

Com o fim das restrições ao dólar americano, em tais países, os bancos comerciais e os principais exportadores europeus passaram a adquirí-lo, no curto ou longo prazo, da mesma forma que o fizeram, em relação às divisas dos países, nos quais tinham algum interesse comercial.<sup>961</sup>

Esse quadro permitiu o aprimoramento das redes de informação e comunicação; a redução dos custos de transferência e uma tendência à homogeneização na avaliação de riscos e valorização dos rendimentos decorrentes das aplicações; além da criação de um quadro mais

---

<sup>957</sup> McKINNON, Ronald I. op. cit. p.6.

<sup>958</sup> BOUGHTON, James M. **Was Suez in 1956 the First Financial Crisis of the Twenty-First Century?** Washington: Finance & Development, vol. 38, n. 3, setembro/2001.p. 1/2.

<sup>959</sup> Ibid. p. 2.

<sup>960</sup> GIBSON, Heather D. **The Eurocurrency Markets, Domestic Financial Policy and International Instability.** Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1989.p. 10.

<sup>961</sup> McKINNON, Ronald I. op. cit. p.6.

favorável ao dito mercado, pelo fato da conversibilidade ter tornado possível ao capital arbitrar sobre diferentes taxas e realizar antecipações de câmbio, bem como, por ter tornado possível maior endividamento, com a garantia de que a moeda poderia ser convertida fora do país de origem <sup>962</sup>.

Convém destacar que o *deficit* da balança de pagamentos dos Estados Unidos, inicialmente, era tido como positivo para o mercado monetário internacional, já que havia um razoável estoque de ouro, para cobrir a diferença. Porém, mais tarde, tais *deficits* geraram crises de confiança <sup>963</sup>, chegando a por em risco o mecanismo internacional de pagamentos, pela possibilidade de corrida especulativa sobre o estoque de ouro norte-americano.

Apesar disso, os Estados Unidos não tentaram limitar o movimento de capitais, apesar do *deficit*, desde o final dos anos cinqüenta – o primeiro ocorreu em 1958 -, até 1963/1964. Essa diferença não decorria de desequilíbrios comerciais, mas de investimentos diretos, feitos por empresas norte-americanas no exterior, programas de ajuda oficial e gastos com defesa.

O desequilíbrio só chamou a atenção, em 1960, quando as reservas norte-americanas de ouro mostraram-se inferiores aos passivos monetários no exterior, pela primeira vez, desde o final da Segunda Guerra Mundial – marco do novo sistema monetário -, abalando a confiança no dólar como moeda internacional, o que foi sinalizado pela elevação do preço da onça do ouro em dólar, no mercado londrino. Em razão da perda substancial da reserva norte-americana de ouro, naquele ano, os bancos centrais europeus uniram-se, para estabilizar o preço do metal <sup>964</sup>.

Assim, a vantagem inicial obtida pelos norte-americanos, com o declínio do mercado de libras esterlinas, a frouxa regulação imposta ao movimento de capitais nos Estados Unidos até 1960 e a livre conversibilidade - para o dólar, de moedas da Europa Ocidental - foi sendo perdida, por conta da atuação regulatória do governo norte-americano. <sup>965</sup>

Por fim, o quarto fator, representando um marco relevante - tanto para o mercado de eurodivisas, quanto para o surgimento do futuro padrão de acumulação flexível -, consubstanciou-se nas ações iniciadas em 1961, durante a gestão Kennedy, para frear a saída de dólares, no intuito de minorar o desequilíbrio da balança de pagamentos dos Estados Unidos. De acordo com Knopping <sup>966</sup>, as principais razões desse desequilíbrio da balança de pagamentos, que teriam levado à imposição da IET, seriam as ajudas econômica e militar,

<sup>962</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.45/47.

<sup>963</sup> VASUDEVAN, Ramaa. op. cit. p. 5.

<sup>964</sup> Ibid. p.48/49.

<sup>965</sup> McKINNON, Ronald I. op. cit. p. 7.

<sup>966</sup> KNOPPING, Owen Alan. **Why an Interest Equalization Tax?** Williamsburg: William and Mary Law Review, vol. 5, 1964.p. 234.

especialmente, para a Europa; o fluxo de capitais de curto prazo para o euromercado e o Canadá, a uma taxa anual de 3,5 bilhões de dólares; os empréstimos de longo prazo, captados nos Estados Unidos, por estrangeiros, a uma taxa anual de 2 bilhões de dólares.

Como muitos outros aspectos da gestão Kennedy, tais medidas fracassaram<sup>967</sup>. Por conta disso, em 1963, criou-se um imposto sobre as movimentações financeiras, o “Imposto para a Equalização das Taxas de Juros” (“*Interest Equalization Tax*”) <sup>968 969</sup>.

Ainda que não seja possível afirmar, com certeza, que tenha existido uma relação de causa e efeito, entre o fortalecimento do mercado de eurodivisas e o os sucessivos *deficits* americanos, a partir de 1968, o euromercado cresceu muito mais do que o dito *deficit*, já demonstrando alguma autonomização, relativamente aquele <sup>970</sup>.

Porém, inequivocamente, a “expulsão” do capital financeiro do mercado norte-americano, através de uma série de normas restritivas, tais como a Regulação “Q”, a “*Interest Equalization Tax*”-IET, a Regulação “M” e o “*Voluntary Foreign Credit Restraint Program*”, contribuiu para o desenvolvimento do mercado de eurodivisas, tendo "pavimentado o seu caminho", como afirma Vasudevan<sup>971</sup>.

Assim, por exemplo, a IET servia para equalizar os custos de financiamento nos Estados Unidos com aqueles existentes em outros centros financeiros, para torná-lo menos competitivo, equilibrando a balança de pagamentos. O desequilíbrio surgiu porque os países europeus industrializados necessitaram recorrer ao mercado financeiro, em Nova Iorque, a fim de atender as suas demandas por capital, em volume muito grande e em pouco espaço de tempo <sup>972</sup>.

Por força da IET, os europeus ocidentais não puderam mais socorrer-se desse mercado. Assim, fomentou-se a criação de um mercado verdadeiramente europeu, para que o equilíbrio da balança de pagamentos norte-americano ocorresse naturalmente, o que não se deu. Porém, apesar das saídas de capital terem diminuído, o equilíbrio não veio, mas, o mercado de eurodivisas expandiu-se. Ironicamente, foi a restrição ao mercado de capitais - implementada unilateralmente, pelos Estados Unidos – que viabilizou o mercado de eurodivisas, o que não tinha ocorrido com a liberalização havida nos anos cinquenta <sup>973</sup>. Essa

<sup>967</sup> VASUDEVAN, Ramaa. op. cit. p. 5.

<sup>968</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.49/50.

<sup>969</sup> McKINNON, Ronald I. op. cit. p. 7.

<sup>970</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.51/53.

<sup>971</sup> VASUDEVAN, Ramaa. op. cit. p. 5.

<sup>972</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit.p.55/57.

<sup>973</sup> Ibid. p.60/61.

situação foi mantida, até a década de setenta, quando se iniciou a mudança efetiva do padrão de acumulação<sup>974</sup>.

Por sua vez, o “*Voluntary Foreign Credit Restraint Program*” foi baixado em 10/02/1965. Intencionava-se limitar o incremento dos ativos estrangeiros em bancos comerciais norte-americanos<sup>975</sup> e instituições não-bancárias. Assim, limitava-se o crédito a estrangeiros, através de um limite máximo. A sua implementação se deu em conjunto com o IET e o FDI (“*Foreign Direct Investment*”), este último, regulando a oferta de fundos dos bancos norte-americanos para sucursais e filiais no exterior, o que também ao auxiliou na redução do *deficit* na balança de pagamentos. Tornou, sim, ainda mais ativo o mercado de eurodivisas, porque a demanda por dólares no médio prazo, não apenas no curto prazo, foi afetada pela medida<sup>976</sup>.

Por seu turno, a Regulação “Q”, - que já existia, desde 1933 -, proibiu que o sistema bancário norte-americano pagasse juros por depósitos inferiores a trinta dias, os “*demand deposits*” e limitou os juros pagos a depósitos, com tempo superior a trinta dias, os “*time deposits*”. Porém, quando em 1962, os depósitos superiores a trinta dias, cujos titulares eram governos estrangeiros, autoridades monetárias e financeiras dos referidos governos e determinadas instituições financeiras de caráter internacional foram todos considerados isentos da regulação “Q” - norma que foi prorrogada em 1965 e indefinidamente, em 1968<sup>977</sup> -, os eurobancos passaram a atrair depósitos com vencimentos inferiores a trinta dias, passando a competir, também, nos “*time deposits*”.

Esses eventos criaram um ciclo nocivo para os bancos americanos, porque realimentaram a elevação dos juros no mercado de eurodivisas, já que, o endividamento desses bancos domésticos, naquele mercado, contribuía para elevar as taxas de juros e o redirecionamento de aplicações dos correntistas norte-americanos, para o mercado europeu, atraídos pelas taxas favoráveis, aprofundava o problema. Tanto existiu uma relação entre um evento e outro que estudos técnicos, realizados naquela época, concluíram que o mercado de eurodivisas seria sazonal e só duraria, enquanto durasse a limitação ao mercado monetário. Assim, os Estados Unidos teriam de elevar as taxas de juros, a fim de limitar ou destruir o mercado europeu de divisas, fato ocorrido em 1979<sup>978</sup>.

---

<sup>974</sup> VASUDEVAN, Ramaa. op. cit. p.6. Até 1974, pelo menos, quando foram eliminados os controles de capitais, segundo afirma.

<sup>975</sup> McKINNON, Ronald I. op. cit. p.7.

<sup>976</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.63/68.

<sup>977</sup> McKINNON, Ronald I. op. cit. p.7.

<sup>978</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p. 68/72.



Outra norma restritiva, a Regulação “M”, a partir de setembro de 1969, dirigiu-se às reservas mantidas por bancos norte-americanos contra depósitos oriundos de bancos estrangeiros ou suas filiais ou sucursais no exterior. Os bancos americanos tiveram de incorporar aos depósitos a vista, sobre os quais existia a obrigação de manter certas reservas, aqueles cheques emitidos a favor de suas filiais estrangeiras. Fixou-se, ainda, o percentual de 10%, incidente sobre os empréstimos das filiais estrangeiras aos bancos norte-americanos, que superassem determinado nível médio anterior; sobre os ativos adquiridos por filiais estrangeiras, oriundos da matriz e superiores ao mesmo nível médio; e sobre os empréstimos concedidos pelas filiais estrangeiras aos residentes americanos, excedentes a nível anterior. Por fim, criou-se um determinado coeficiente de reservas, incidente sobre os empréstimos concedidos aos bancos, com sede nos Estados Unidos, por bancos estrangeiros. Todas essas medidas aumentaram o custo efetivo do endividamento dos bancos norte-americanos, no mercado de eurodivisas<sup>979</sup>.

O conjunto das medidas restritivas produziu uma drástica redução do abastecimento de fundos externos, aos bancos situados nos Estados Unidos, em especial, aqueles vindos de sucursais estrangeiras. Logo, a captação de recursos no exterior, pelos bancos norte-americanos, passou a ser essencial para o seu funcionamento normal, para que se pudesse proporcionar financiamentos para as empresas norte-americanas situadas no exterior e para a realização da atividade interbancária, em nível internacional<sup>980</sup>.

Inevitavelmente, com o fracasso do combate aos desequilíbrios na balança de pagamentos norte-americanos e o aumento dos gastos militares, principalmente, por conta do conflito no Vietnã, ocorreu a crise de 1971, do sistema monetário internacional, desvinculando-se o dólar da quantidade de reservas em ouro e acrescentando-se uma sobretaxa de 10% aos os direitos de importação<sup>981</sup>. Essas medidas não chegaram a afetar, imediatamente, o mercado de eurodólares, que cresceu 24% em 1971<sup>982</sup>.

O fim do padrão-ouro, com base em decisão tomada em agosto de 1971, se deu por tentativa e erro, como afirmam Gindin e Panitch<sup>983</sup>, porque, durante dois anos, o governo norte-americano tentou lidar com o problema da desvalorização da moeda de maneira mais ortodoxa. Havia um temor, segundo dizem, de abandonar o sistema estabelecido em Bretton

---

<sup>979</sup> Ibid. p. 72/74.

<sup>980</sup> Ibid. p. 74.

<sup>981</sup> Ibid. p. 332/338.

<sup>982</sup> Ibid. p.341.

<sup>983</sup> GINDIN, Sam; PANITCH, Leo. **The Making of Global Capitalism: The Political Economy of American Empire**. Londres/Nova Iorque: Verso Books, 2012.p. 130/131.

Woods, que havia propiciado um sucesso econômico sem precedentes, interna e externamente.

Na mesma época, veio o primeiro choque do petróleo, em uma época em que uma série de outras “*commodities*” também subiram de preço, no mercado internacional, circunstância que permitiu a muitos países, a partir de 1969, aumentar a sua participação no mercado de eurodivisas. Especificamente, quanto aos exportadores de petróleo, o aumento das suas reservas aumentou sensivelmente, a partir de 1973, crescendo, em sete vezes, no período de quatro anos (1969-1973), a sua participação no mercado de eurodivisas, em volume de ativos financeiros<sup>984</sup>.

Derivou desse aumento de reservas, a reciclagem de excedentes oriundos desses países, chamados de “petrodólares” ou “petrodívisas”, sendo que, já na metade de 1974, esses excedentes já haviam sido dirigidos ao mercado de eurodivisas<sup>985</sup>, porque ele oferecia uma quantidade de produtos financeiros maior, com prazos diferenciados, com mercado secundário forte e com taxas de juros mais altas – comparativamente ao mercado norte-americano<sup>986</sup>.

Segundo Verma, Upadhayay e Bajpai<sup>987</sup>, a primeira movimentação transfronteiriça massiva de recursos financeiros, nos anos setenta, decorreu da quebra do sistema de Bretton Woods e do primeiro choque do petróleo, tendo este último levado a uma queda da atividade econômica nos países desenvolvidos e a subsequentes políticas restritivas. Antes do choque do petróleo, o superavit dos 24 países da OCDE era de 12,9 bilhões de dólares e, após o choque, transformou-se em deficit de 25,9 bilhões de dólares. Por outro lado, para os exportadores de petróleo da OPEP, o seu saldo favorável passou de 7,7 bilhões de dólares para 59,5 bilhões de dólares. Com isso, no final de 1975, os países industrializados e aqueles em desenvolvimento, que importavam petróleo, passaram a reciclar os petrodólares para se socorrer. Assim, dos 317 bilhões de dólares de saldo favorável dos exportadores de petróleo, no período de 1974 até 1980, aproximadamente 147 bilhões de dólares foram reciclados por bancos privados, nos euromercados, em benefício de economias necessitadas de recursos financeiros.

Se o mercado de eurodivisas foi favorecido pelo desequilíbrio na balança de pagamentos dos Estados Unidos, a sua crise começa, exatamente, pelo forte desequilíbrio da

---

<sup>984</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p. 348.

<sup>985</sup> Ibid. p. 350/351.

<sup>986</sup> Ibid. p. 352.

<sup>987</sup> VERMA, Sawalia Bihari, UPADHAYAY, Yogesh; BAJPAI, Anil Kumar. **Globalisation at the Crossroads**. Nova Delhi: Sarup & Sons, 2008.p. 76.

balança de pagamentos dos países europeus, como consequência do primeiro choque do petróleo, os quais, foram maciçamente ao referido mercado. Também em 1974, os Estados Unidos começam a eliminar as restrições que haviam imposto ao mercado financeiro, para atrair capitais dos produtores de petróleo<sup>988</sup>.

No mesmo ano, questões relativas ao prazo dos financiamentos levaram à quebra ou a problemas sérios algumas instituições financeiras tradicionais, que operavam no mercado de eurodivisas<sup>989</sup>, trazendo pânico aos investidores (Herstatt, UBS, Westdeutsche Landesbank, Lloyds Bank, ...) <sup>990</sup>. Ocorreu uma recuperação em 1975/76, pela atuação dos bancos centrais como garantidores e pela cobertura dos organismos monetários internacionais, tranquilizando os mercados <sup>991</sup>. Até que, ocorreu a elevação dos juros básicos norte-americanos, em 1979, atraindo os capitais para o mercado norte-americano e criando uma recessão mundial, fato que fez com que o capitalismo se reformulasse.

A elevação dos juros básicos norte-americanos, de 11,5 para 15,5%, em 06/10/1979<sup>992</sup>, foi uma decisão drástica, tomada para controlar a inflação alta e persistente (o M1 - moeda, nas mãos do público - havia crescido 9% no ano, quando a meta estava entre 1,5 e 4,5%, enquanto o M2 - depósitos bancários - cresceu, no mesmo período, 12%, sendo a meta algo entre 5 e 8%) e o a perda de valor do dólar - acerca da qual, Volcker havia sido cobrado fortemente, em reunião do Fundo Monetário Internacional, ocorrida em Belgrado, no início de outubro -, tendo atingido a atividade econômica mundial, como um todo.

Para que se compreenda o que ocorreu na transição do padrão fordista para o padrão flexível, convém observar, não apenas o mercado de eurodivisas, mas o comportamento da potência hegemônica. A constante sangria de recursos norte-americanos, que se podia controlar, além da perda do controle sobre o setor financeiro norte-americano, fixando-se em mercados “*off-shore*” e, posteriormente, no mercado europeu de divisas, golpearam a supremacia mundial norte-americana. Porém, todos esses fatos ocorreram, por força da própria política por ela aplicada<sup>993</sup>, da mesma forma que se deu na reversão de sua queda. Nenhum dos dois constituiu um processo espontâneo de mercado.

<sup>988</sup> McKINNON, Ronald I. op. cit. p. 8.

<sup>989</sup> Ibid. p. 30.

<sup>990</sup> BAEZA, Emilio Ontiveros. op. cit. p.357/362.

<sup>991</sup> Ibid. p.369/374.

<sup>992</sup> WALSH, Carl E. **October 6, 1979**. São Francisco: FRBSF Economic Letter, n. 35, 03/12/2004.p. 1/4.

<sup>993</sup> SERRANO, Franklin. Relações de Poder e a Política Macroeconômica Americana, de Bretton Woods ao Padrão Dólar Flexível. In FIORI, Jose Luis. **O Poder Americano**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.p.188.

Alega-se que a política exterior norte-americana teria se equivocado, ao exigir que realizasse a livre conversibilidade da libra esterlina<sup>994</sup>, no acordo do empréstimo de 1946, o que teria levado ao Plano Marshall, como forma de reparar o erro. No que toca às dívidas de guerra dos aliados, converteram-se em “donativos”, a fim de viabilizar a reconstrução europeia. Dez anos mais tarde, diante do déficit norte-americano, essas transferências unilaterais seriam questionadas<sup>995</sup>.

O mesmo aparente voluntarismo teria se repetido, na criação do FMI e do GATT, que poderia ter regras mais draconianas para os europeus, o que não ocorreu. No caso do FMI<sup>996</sup>, a proposta de conversibilidade do dólar ao ouro partiu do próprio governo norte-americano, o que vinte anos depois, se mostraria problemática. Quanto ao GATT, a regra da “nação mais favorecida” foi flexibilizada, no caso de mercado comum, regra que só beneficiava os europeus<sup>997</sup>. Além disso, os norte-americanos permitiram que os europeus adotassem medidas protecionistas contra as suas exportações, no período em que o dólar era mais escasso (“*dollar gap*”)<sup>998</sup>. Por fim, havia missões de produtividade, enviadas para os Estados Unidos, para aprender, abertamente, os métodos americanos<sup>999</sup>. Também havia “contribuições privadas”

---

<sup>994</sup> CALLAWAY, Darden. **The Anglo-American Loan of 1946: US Economic Opportunism and the Start of the Cold War**. Davidson (NC): tese de doutorado, 2014. In [www.citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.694.6681&rep=1&type=pdf](http://www.citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.694.6681&rep=1&type=pdf). Acesso em 13/01/2017. 16:33h. p. 99/136. A tese esclarece que a livre conversibilidade da libra esterlina teria sido uma exigência do acordo internacional, que resultou no empréstimo, negociado por Keynes, tendo o empréstimo sido tomado dos Estados Unidos e do Canadá. Em função da livre conversibilidade da libra esterlina, já em 1947, o Reino Unido foi obrigado a realizar controles de importações, situação semelhante a que veio a ocorrer na França.

<sup>995</sup> ARON, Raymond. op. cit. p. 220.

<sup>996</sup> GARBER, Peter M. The Collapse of the Bretton Woods Fixed Exchange Rate System. BORDO, Michael D.; EICHENGREEN, Barry (Org.) **A Retrospective on the Bretton Woods System: Lessons for International Monetary Reform**. Chicago: Chicago University Press, 1991. p. 474/475. A razão indicada por Garber, para que ocorresse a vinculação do dólar com o ouro foi a de tornar todas as divisas internacionais líquidas, em termos de dólar americano, como unidade de conta. Para prover tal liquidez, os bancos centrais de cada país teriam de garantir o price de mercado de suas moedas respectivas, segundo a unidade de conta de fato, ao par, estabelecendo uma relação cambial fixa com o dólar americano. Dessa forma, os Estados Unidos passaram a ser, automaticamente, a fonte de liquidez para os demais bancos centrais do mundo.

<sup>997</sup> BASHKAR, Amit. **Concept of Most Favoured Nation Treatment Under General Agreement on Tariffs and Trade**. In <http://www.legalserviceindia.com/article/I320-Most-Favoured-Nation-Treatment.html>. Acesso em 13/01/2017. 17:24 h. p. 1. Na realidade, a intenção dos norte-americanos, segundo o autor, teria sido de beneficiar a Comunidade Britânica de Nações, em particular, contrariando o objetivo da política externa norte-americana do pós-guerra, de dismantelar preferências comerciais, como as que existiam na Commonwealth.

<sup>998</sup> Mc CORMICK, Thomas J. **America's Half-Century: United States Foreign Policy in the Cold War and After**. 2 ed. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1995. p. 90/91. Mais do que isso, em função do fato do Plano Marshall não ter sido suficiente para cobrir o "*dollar gap*", os Estados Unidos toleraram uma brutal desvalorização da libra esterlina, em 1949. Afirma o autor que o problema era persistente, de tal modo que, os europeus, a partir de 1950 só tiveram como saída a ampliação dos volumes de trocas comerciais intra-europeias, a partir de 1950, em função da falta de dólares americanos, para pagar pelas importações daquele país. Esse foi o embrião do sucesso do mercado comum e da posterior união.

<sup>999</sup> ARON, Raymond. op. cit. p.221.

<sup>1000</sup>, a partir de meados da década de cinquenta, que se traduziam em exportações maciças de capital para a Europa.

Exercendo a função de moeda internacional, o dólar tornou-se abundante e permitiu a expansão das economias do mercado comum, em rápido crescimento. As corporações norte-americanas levavam “*know-how*” e investimentos aos países europeus e ao Japão. Por isso, ironicamente se afirmava que “vinte e cinco anos depois do lançamento do Plano Marshall, ainda se interrogam (os norte americanos) sobre o fracasso do sucesso ou sobre o excesso do sucesso” <sup>1001</sup>.

Porém, todas as políticas concessivas aos europeus e aos japoneses seguiam uma lógica inquestionável, porque, se esses países caíssem na esfera da atuação soviética, em com a subsequente eliminação do regime capitalista, a reprodução em escala ampliada do capital estaria em grande risco - estando o próprio modelo capitalista fordista em um grande perigo - não sendo possível a implementação das políticas de contenção dos ciclos econômicos, especialmente, por ocasião dos surtos de superprodução. Não haveria para aonde remeter os estoques excessivos.

Além disso, para que possa existir consumo de massa, é preciso haver classe média. Era muito mais fácil para a Europa reconstruir o poder de compra dessa classe, enquanto os países periféricos, em sua maioria, sequer possuíam classes médias <sup>1002</sup> e não haviam ainda chegado à era do consumo de massa, para poder absorver os excedentes produzidos no mercado norte-americano.

Com efeito, a concentração de renda, que caracterizava a economia brasileira no período subsequente ao início da industrialização, apresentava um perfil de demanda, no qual, somente dois segmentos, que compreendiam os 10% mais ricos, tinham renda compatível com a da classe média europeia da mesma época <sup>1003</sup>. Esse perfil da demanda levava à insuficiência da demanda efetiva, um dos problemas enfrentados por economias periféricas para alcançar o desenvolvimento econômico.

Logo, era uma opção racional permitir que os aliados se desenvolvessem, até o ponto em que se tornaram rivais no poder econômico. Assim que o desenvolvimento europeu começou a rivalizar com o poder norte-americano, partiu-se para o equilíbrio dos *deficits*, inicialmente, com regulações sobre o mercado financeiro; posteriormente, com barreiras

---

<sup>1000</sup> Ibid. p. 222.

<sup>1001</sup> Ibid. p.223.

<sup>1002</sup> GRAMSCI, Antonio. op. cit. p. 87/88.

<sup>1003</sup> FURTADO, Celso. **Raízes do Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 171/173.

tarifárias; após, com a eliminação do compromisso da paridade com o ouro; e, finalmente, os juros básicos foram elevados para altos patamares, toda a economia mundial foi lançada em uma recessão e os capitais retornaram. Em um último momento, veio a reestruturação produtiva, para que pudesse haver competição na produção física, em especial, com os japoneses. Há, portanto, uma lógica no movimento que conduziu à mudança do padrão de acumulação, ainda que pareça caótico.

A transição em questão resultou, portanto, dos efeitos deletérios, de ordem político-econômica, da cooperação internacional de três décadas, tendo-se chegado à política do “*America first*”, ao final dessas transformações<sup>1004</sup>. Como o poder da União Soviética se esvaía - por não poder competir com a livre iniciativa, em eficiência, bem como, sendo obrigada a fazê-lo, em uma escala armamentista -, aquela cooperação dos Estados Unidos com a Europa, além de todos os biombos do fordismo e do Estado do Bem Estar Social<sup>1005</sup>, foram retirados. Não se precisava mais deles.

Os Estados Unidos e sua economia, que pareciam decadentes, em razão de sua dependência do resto do mundo e da fragilidade do seu sistema financeiro, mudaram tal percepção<sup>1006</sup>, a partir do aumento súbito dos juros, em 1979. A excessiva generosidade com os aliados europeus e japoneses, ao final da Segunda Guerra Mundial, era apenas parte de uma política de contenção do socialismo. Até porque, se assim não fosse, a única potência a sair ilesa da guerra iria adotar uma política de constantes *superávits* comerciais, protecionista e não toleraria a prática de desvalorizações cambiais, eventualmente, adotadas pelos europeus<sup>1007</sup>.

A desagregação do pacto fordista também foi uma razão para o fim dos “anos gloriosos”, porque as novas gerações de trabalhadores queriam maiores salários, aumento nos gastos sociais e que eles fossem financiados pela taxação à propriedade. Com a intensificação do movimento sindical e estudantil, no período do final dos anos 70, na Europa e nos Estados Unidos, e o subsequente acirramento do conflito distributivo, as taxas de inflação subiram, mercê da “explosão salarial” e esmagamento das margens de lucro, até 1972<sup>1008</sup>.

---

<sup>1004</sup> KRISTOL, William; KAGAN, Robert. **Toward a Neo-Reaganite Foreign Policy**. Nova Iorque: Foreign Affairs, vol. 75, n.4, julho/agosto 1996.p.18/32. Dizem os autores que, com o fim das enormes responsabilidades adquiridas pelo país, ao final da Segunda Guerra Mundial e o colapso do império soviético, teria havido um consenso, desde o grande pensador de política externa, até o cidadão comum da rua, de que se poderia adotar uma definição mais limitada de interesse nacional, reduzindo o envolvimento ultramarino em guerras e ajuda externa e reduzindo o orçamento da defesa.

<sup>1005</sup> SERRANO, Franklin. op. cit. p.186.

<sup>1006</sup> Ibid. p.180.

<sup>1007</sup> Ibid. p.184.

<sup>1008</sup> Ibid. p.190/192.

Exatamente na mesma época, deu-se um choque na oferta de matérias-primas, com ênfase no campo energético – choques do petróleo -, o que, somado à situação social anteriormente descrita, perturbou o equilíbrio das contas públicas dos países centrais e em desenvolvimento. Foi o período da estagflação, que representou o fim do pacto fordista – no interior dos países, entre Estado, sindicatos e corporações, formando o Estado do Bem Estar Social - e do pacto keynesiano<sup>1009</sup> – externo, contra sucessivas desvalorizações de moeda e nova crise de superprodução, pelo crescimento econômico e desenvolvimento do comércio internacional.

Ora, segundo esse pensamento, não teriam sido as forças de mercado a criar ou destruir os pactos fordista e keynesiano. A única pressão real das leis econômicas, contrária à estrutura do fordismo, consubstanciava-se no famoso “Dilema de Nixon” – como manter a competitividade real da economia norte-americana, através da desvalorização do dólar, e, ao mesmo tempo, usufruir das vantagens de ter o dólar como moeda mundial ?<sup>1010</sup>

Esse dilema resumia um conflito entre as leis do mercado e a política decorrente dos acordos de Bretton Woods, que impedia o ajuste cambial do dólar. Os constantes *deficits* na balança de pagamentos, por causa dos investimentos diretos das empresas multinacionais americanas no exterior<sup>1011</sup> eram pagos em dólar, não em ouro. O que deixava o país era capital de longo prazo, sendo a sua saída compensada pela entrada de capital de curto prazo.

Nesse esquema, os bancos centrais tinham grandes reservas em dólar, eis que, ele não se desvalorizava, aplicadas em títulos de curto prazo norte-americano, o que gerava um crescente descolamento entre as reservas de ouro dos norte-americanos e o estoque de ativos existentes e denominados em dólar, no mundo. Ora, qualquer *deficit* norte-americano era financiado pela emissão de dólares, o velho poder de senhoriagem. Dessa forma, um *deficit* de qualquer tamanho poderia ser assim financiado<sup>1012</sup>.

Ocorre, que esse sistema tinha duas restrições: em primeiro lugar, não poderia haver *deficits* crônicos em conta corrente, porque isso conduziria à dilapidação das reservas em ouro e o dólar perderia confiança como divisa. A segunda restrição importava na manutenção da

---

<sup>1009</sup> MARKANTONATOU, Maria. **The Ideal-typical Transition from Fordism to Post-Fordism: A Neopositivist Problem Setting**. Pireu: European Research Studies, vol. 10, Assunto 1-2, 2007.p. 121. A autora diz que o Keynesianismo refletia a regulação política do Fordismo, bem como, que o Keynesianismo caiu em desgraça, uma vez que, por conta dos avanços tecnológicos, a economia começava a dar os primeiros passos na direção da globalização. Em sendo baseado na escala nacional, não poderia responder à necessidade de competição internacional e interligação dos mercados. Além disso, políticas sociais voltadas para o pleno emprego não estavam mais na ordem do dia, naquele momento.

<sup>1010</sup> SERRANO, Franklin. op. cit.p.194/198.

<sup>1011</sup> Ibid. p. 195.

<sup>1012</sup> Ibid. p.194/196.

relação entre o preço da onça de ouro e o dólar, caso contrário, o dólar também não poderia prosseguir como moeda de pagamentos internacionais. Tal relação manteve-se fixa e inalterável de 1947 até 1971. Foram essas restrições, ao longo de trinta anos, que criaram o dilema de Nixon.

Quais seriam as alternativas possíveis? A adoção de políticas restritivas na economia norte-americana; a ampliação do papel do ouro, como meio de pagamentos internacional; o uso dos DES do FMI como nova moeda internacional. Porém, nenhuma delas foi aceita, porque isso importaria em perda de poder – em especial, da cornucópia do poder de senhoriação - e poderiam trazer vantagens para a União Soviética, como no caso do ouro<sup>1013</sup>.

Como a proposta de desvalorização gradual foi recusada pelos mesmos aliados, cujas seguidas desvalorizações foram toleradas pelo governo norte-americano, optou-se por uma desvalorização unilateral, súbita e violenta<sup>1014</sup>.

No entender de Drucker<sup>1015</sup>, foram os choques do petróleo e a decisão de Nixon, de deixar o dólar oscilar, que fez com que "a economia mundial houvesse mudado de internacional para transnacional", tendo "a economia transnacional se tornado dominante, controlando, em grande medida, a economia doméstica dos Estados nacionais".

Eis aí, a ligação entre a mudança do padrão de acumulação e a formação do espaço jurídico transnacional, porque a mudança da escala econômica, de nacional para transnacional, fez com que o Direito, na sua função regulatória, tivesse de se modificar, para mudar de escala também.

A racionalidade que levou à desconstrução do padrão fordista embutia alguma consciência sobre o que viria a ser o padrão flexível? Muito embora o primeiro choque do petróleo e o fracasso da Conferência de 1972/1974 (Grupo dos Vinte), no âmbito do FMI, pudessem ter resultado da ação intencional do governo norte-americano, a fim de criar um sistema monetário fulcrado no “Dólar-*Wall Street*” e derrubar as economias japonesa e européia, que eram profundamente dependentes do petróleo, essa intencionalidade – que previa se lançasse mão do sistema financeiro privado, para reciclar os petrodólares decorrentes – ainda não teria como antever o poder que os agentes financeiros privados teriam na economia mundial, em detrimento dos bancos centrais<sup>1016</sup>.

---

<sup>1013</sup> Ibid. p. 196.

<sup>1014</sup> Ibid. p. 198.

<sup>1015</sup> DRUCKER, Peter. **The New Realities**. Londres: Routledge, 2011.p. 109.

<sup>1016</sup> GOWAN, Peter. **A Roleta Global. Uma Aposta Faustiana de Washington para a Dominação do Mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2003. p.47/48.



Porém, inegavelmente, foram efeitos da política de Nixon, de liberar o sistema financeiro privado para operações internacionais - que foi a mola propulsora do novo padrão de acumulação: Os bancos privados foram catapultados para o centro das operações financeiras internacionais, expulsando o antigo domínio dos bancos centrais; foi aberta uma brecha na capacidade de supervisão pública dos operadores financeiros internacionais; os sistemas financeiros e as taxas de câmbio do resto do mundo se tornaram mais vulneráveis aos acontecimentos do mercado financeiro norte-americano; e gerou pressões competitivas no setor bancário dos países da OCDE, o que permitiu ao governo norte-americano dizer que tipo de regulação internacional deveria existir sobre os mercados financeiros internacionais<sup>1017</sup>. Por outro lado, esses efeitos também foram co-responsáveis pela crise da dívida da década subsequente.

Já se entendia que a desregulamentação do mercado financeiro seria o meio pelo qual os Estados Unidos manteriam a sua posição de poder no mundo e o dólar, o seu posto como moeda internacional, desvinculada de qualquer amarra<sup>1018</sup>. Porém, afirma-se que não seria possível, no início da década de 1970, prever que o sistema resultante teria tal ou qual formato. Também não se sabia, ainda, como iria terminar a Guerra Fria. Por isso, durante oito anos, o sistema viveu em um limbo. Foi nesse intervalo que ocorreu a crise do mercado de eurodivisas, a crise da dívida dos países emergentes e o segundo choque do petróleo.

Já ao final da década de setenta, era possível detectar algumas características no novo padrão, no momento em que se provocou o choque na oferta de dinheiro, com a elevação repentina e substancial dos juros básicos norte-americanos, sob o comando de Paul Volcker<sup>1019</sup> – que já tinha participado do processo de desvinculação do dólar do ouro<sup>1020</sup>, eis que tinha ingressado no Governo Nixon, desde o final da década de sessenta<sup>1021</sup>. Além disso, a própria desregulamentação do sistema financeiro internacional - apregoada pelo Consenso de Washington<sup>1022</sup>, no início da década de oitenta - foi defendida por um ex-participante das negociações com os “aliados” europeus e japoneses, John Williamson<sup>1023</sup>.

<sup>1017</sup> GOWAN, Peter. **A Roleta Global. Uma Aposta Faustiana de Washington para a Dominação do Mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 54.

<sup>1018</sup> Ibid. p.50.

<sup>1019</sup> MANKIW, Nicholas Gregory. **Macroeconomia**. Rio de Janeiro: LTC, 1995.p.180 e 219.

<sup>1020</sup> LOWENSTEIN, Roger. **The Nixon Shock**. In <http://www.bloomberg.com/news/articles/2011-08-04/the-nixon-shock>. Acesso em 09/09/2016. p.3.

<sup>1021</sup> GOWAN, Peter. op. cit. p.46.

<sup>1022</sup> WILLIAMSON, John. **A Short History of the Washington Consensus**. Barcelona: CIDOB Conference working paper, 2004. In <https://pie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>. Acesso em 09/09/2016.p.3.

<sup>1023</sup> GOWAN, Peter. op. cit. p.46.

Essa coincidência de nomes, dentre os personagens mais importantes para a ascensão do padrão de acumulação flexível, ao longo desse longo processo, permite que se imagine que a sua gênese não foi, de todo, natural. A desregulamentação, a flutuação das taxas cambiais e a elevação das taxas de juros internacionais foram, justamente, os mais importantes fatores da eclosão do novo padrão de acumulação, no qual, o capital financeiro é hegemônico <sup>1024</sup>.

Não por acaso, na Escola da Regulação, o padrão de acumulação flexível também é chamado de "regime de acumulação financeirizado", indagando-se Chesnais<sup>1025</sup>, se seria próprio colocar na mesma frase o adjetivo "financeirizado" ao nome "acumulação", que possui um forte viés regulacionista.

No que toca ao padrão de acumulação flexível resultante dessa transformação, resta dizer que, uma das formas de se compreender um determinado objeto de estudo é a comparação com o anteriormente vigente. Por outro lado, a melhor forma de comparar os padrões de acumulação é pela via da racionalidade dos ditos sistemas.

A racionalidade fordista era material-distributiva, de modo que as políticas sociais e redistributivas eram fatores de alargamento do mercado. Os aumentos de salário, da produtividade e a eliminação das desigualdades sociais eram importantes, nesse modelo, para que a demanda efetiva fosse aquecida e os investimentos aumentassem <sup>1026</sup>. Por outro lado, a racionalidade do Consenso de Washington – que reuniu o Departamento do Tesouro, o Federal Reserve e o Departamento de Estado, nos Estados Unidos; os Ministérios das Finanças dos países do Grupo dos Sete e os presidentes dos vinte maiores bancos internacionais – baseava-se em dez reformas básicas<sup>1027</sup> nas seguintes áreas: disciplina fiscal; redirecionamento das despesas públicas para a educação, saúde, investimentos em infraestrutura; reforma tributária; adoção de taxas de juros determinadas pelo mercado; determinação de taxas de câmbio pelo mercado; liberalização do comércio internacional; abertura das economias para o investimento externo; privatização das empresas públicas; desregulamentação; fiscalização das instituições financeiras e garantia do direito de propriedade <sup>1028</sup>.

Desse modo, enquanto o modelo anterior intervinha no mercado, para atingir determinados fins sociais, através do Estado; o modelo atual atua no Estado, para que ele não

<sup>1024</sup> GOWAN, Peter. op. cit. p. 74.

<sup>1025</sup> CHESNAIS, François. **A Teoria do Regime de Acumulação Financeirizado: Conteúdo, Alcance e Interrogações**. Campinas: Economia e Sociedade, vol. 11, n. 1, janeiro/julho/2002.p. 6.

<sup>1026</sup> IKAWA, Daniela. Implicações Jurídicas da Globalização Econômica. In PIOVESAN, Flavia (Org.) **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.p.507/508.

<sup>1027</sup> WILLIAMSON, John. op. cit. p.3/4.

<sup>1028</sup> IKAWA, Daniela. op. cit. p.508/509.

intervenha no mercado, a fim de permitir a esse mercado a obtenção dos fins que lhe interessem, partindo da premissa que coincidam com o interesse social. A referida comparação foi feita por inúmeras escolas de pensamento (keynesianos, monetaristas, neoclássicos e marxistas, no campo econômico, por exemplo), mas há, também, alguns modelos que tentam descrever as características de cada padrão.

Assim, por exemplo, no Modelo de Halal, o “capitalismo novo” se distinguiria do “capitalismo antigo”, em uma abordagem próxima à schumpeteriana, na seguinte medida: o capitalismo antigo tinha crescimento intenso, estrutura organizacional mecanicista, comando autoritário na tomada de decisões, objetivos financeiros e gestão operacional, sistema macroeconômico de grandes negócios visando ao lucro e sistema mundial era bipolar (capitalismo *versus* socialismo)<sup>1029</sup>. Por seu turno, o capitalismo novo apresenta crescimento suave, organização em redes de mercado, decisões tomadas por liderança participativa, objetivos múltiplos, gestão estratégica, sistema macroeconômico de empresas “livres e democráticas” e o sistema mundial com hibridismo socialista e capitalista.

Para o Modelo de Lash e Urry, o capitalismo organizado do período fordista-keynesiano se caracterizava pela concentração e centralização do capital industrial, bancário e comercial em mercados nacionais regulados; separação crescente de propriedade e controle, com o surgimento de hierarquias gerenciais complexas; crescimento de setores novos da inteligência gerencial, científica e tecnológica e de uma burocracia de classe média; crescimento das organizações e das negociações coletivas no interior das regiões e dos Estados nacionais; associação estreita do interesses do Estado e do grande capital monopolista, com o desenvolvimento de um Estado do Bem Estar Social; expansão de impérios econômicos e o controle sobre a produção e os mercados externos; incorporação dos interesses de classe diversos em uma agenda nacional, estabelecida por compromissos negociados e regulação burocrática; hegemonia da racionalidade técnico-científica; concentração das relações capitalistas em poucas indústrias e regiões; e as indústrias manufatureiras e extrativas eram as principais fontes de emprego.

Por outro lado, o capitalismo desorganizado, do padrão flexível, caracteriza-se pelo poder das corporações em rápido aumento, desconcentrando-se dos mercados nacionais; internacionalização crescente de capital e separação do capital bancário do industrial; contínua expansão de setores gerenciais, que organizam as suas agendas individuais e políticas, em discordância com a política de classe; declínio relativo ou absoluto da classe

---

<sup>1029</sup> HARVEY, David. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural**. op. cit. p.197/198.

operária; diminuição da eficácia das negociações coletivas nacionais; diminuição da eficácia das negociações coletivas nacionais; os grandes monopólios ganham independência da regulação estatal; a burocracia e o poder centralizador do Estado são desafiados; industrialização do Terceiro Mundo e a desindustrialização competitiva de países centrais, que se especializam em serviços; declínio da política e das instituições de classe; fragmentação cultural e pluralismo, associados a um menosprezo das identidades tradicionais de classe ou nacionalidade; dispersão das relações capitalistas em diversos setores e regiões; e indústrias manufatureiras e extrativas declinam, prosperando as indústrias de organização e serviços <sup>1030</sup>.

Por fim <sup>1031</sup>, o Modelo de Swyngedouw compara a produção fordista - baseada em economias de escala - com a produção “*just in time*” - baseada em economias de escopo. A primeira caracterizava-se por produção em massa de bens homogêneos; uniformidade e padronização; manutenção de estoques e inventários que amortizam as variações; a qualidade é controlada ao final, com os erros detectados posteriormente; os desperdícios são ocultados nos estoques permanentes; se perde tempo de produção por longos períodos de preparação do produto, pelos erros de fabricação e pelos gargalos produtivos; produção impulsionada pelos recursos produtivos; integração vertical de produção e, às vezes, também horizontal; reduções de custos para controlar os salários. A produção na produção “*just in time*”, por seu turno, caracteriza-se por séries produtivas pequenas; produção flexível e em pequenas séries de variedade de tipos de produto; se trabalha sem estoques; o controle de qualidade é parte do processo de produção, para detecção imediata de erros; as partes defeituosas são desfeitas imediatamente; é reduzido o tempo perdido e diminui a porosidade da jornada de trabalho; a produção é impulsionada pela demanda; integração produtiva por subcontratação quase vertical; aprendizagem prática, integrada em uma planificação de longo prazo.

O trabalho, na época fordista, caracterizava-se por uma só tarefa por empregado; pagamento por rendimento; alto grau de especialização na tarefa; nenhuma ou pouca formação na tarefa; organização vertical do trabalho; não se faz experiência de aprendizagem; ênfase em uma pequena responsabilidade do trabalhador; insegurança no emprego. No período flexível, o trabalho é baseado em tarefas múltiplas, remuneração pessoal segundo um sistema complexo; eliminação da incumbência estrita; se dedica muito tempo à formação na tarefa; organização de trabalho mais horizontal; aprendizagem na prática; ênfase na co-

---

<sup>1030</sup> Ibid. p. 199.

<sup>1031</sup> Ibid. p. 201/202.

responsabilidade do trabalhador; e elevada segurança no emprego para os trabalhadores do núcleo produtivo, mas insegurança e más condições de trabalho para os temporários.

O espaço, no período fordista, caracterizava-se pela especialização espacial funcional (centralização/descentralização); divisão espacial do trabalho; homogeneidade de mercados de mão-de-obra regionais (segmentação espacial do mercado de trabalho); e importação de componentes do mundo todo, o mesmo se dando com a subcontratação. No período flexível, formam-se aglomerados e agrupamentos espaciais; a integração é espacial; há diversificação no mercado de mão-de-obra em um mesmo local; e há proximidade espacial de empresas, quase integradas verticalmente.

O Estado, no fordismo, era de regulação, rigidez, negociação coletiva, socialização do bem estar; estabilidade internacional por meio de acordos internacionais; centralização; intervenção direta nos mercados, com políticas de receitas e preços; políticas regionais nacionais; as empresas financiam a pesquisa e o desenvolvimento; e a indústria impulsiona a inovação tecnológica. No padrão flexível, o Estado atua na desregulamentação; é flexível; as negociações são locais ou por empresa; há a privatização das necessidades coletivas e da previdência social; desestabilização internacional com crescimento das tensões geopolíticas; descentralização e maior competição entre regiões ou cidades; intervenção estatal direta nos mercados por delegação; políticas regionais territoriais; o Estado financia a pesquisa e o desenvolvimento de produtos; e o Estado impulsiona a inovação tecnológica.

Ideologicamente, o período fordista viveu a sociedade de consumo, o modernismo, a reforma estrutural e a socialização. O padrão flexível vive o consumo individualizado, o pós-modernismo, a adaptação e a individualização.

Markantonatou<sup>1032</sup>, por sua vez, compara o Fordismo com o Pós-Fordismo (capitalismo flexível), de acordo com as mudanças ocorridas nos temas regulados. Assim, no que toca ao regime financeiro, no Fordismo, prevalecia o modelo keynesiano, enquanto no Pós-fordismo, prevalece o monetarista. Quanto ao gerenciamento, no Fordismo, ele era hierárquico, centralizado e burocrático; no Pós-fordismo, ele tem hierarquias planas, dirigidas ao desempenho. No que toca ao processo de trabalho, no Fordismo, ele era tecnologicamente pouco desenvolvido, intensivo em trabalho; no Pós-fordismo, é tecnologicamente dinâmico, baseado na informática e intensivo em capital. As relações de trabalho eram coletivizadas e reguladas, no Fordismo; no Pós-fordismo, passaram a ser individualizadas e flexíveis. Quanto ao consumo, no Fordismo, ele era universal, baseado em direitos coletivos; no Pós-fordismo,

---

<sup>1032</sup> MARKANTONATOU, Maria. op. cit. p. 123.

ele é objeto de contratos individualizados e orientado. Quanto às metas econômicas, o Fordismo pretendia promover o pleno emprego e a modernização econômica, através de investimento público; já o Pós-fordismo tem a intenção de promover o lucro privado, sendo a modernização econômica baseada na economia flexível.

Os modelos de Halal, Lash & Urry e Swyngedouw e os tipos ideais de Markantonatou, são apenas algumas das opiniões existentes, acerca das inovações trazidas pelo padrão flexível. Dentre as diversas opiniões sobre a mudança do padrão de acumulação, que passam por explicações como o esgotamento do sistema de produção em série, a crise de rentabilidade do processo de acumulação do capital ou a transformação histórica da relação entre produção e produtividade, há algum consenso sobre alguns aspectos.

Por exemplo, há consenso sobre a existência de um divisor nítido entre a organização antiga da produção e a nova, bem como, sobre a forma como os mercados se organizam, mundialmente. Outro ponto onde há consenso é que tais mudanças organizacionais ocorreram, com o suporte da tecnologia da informação, muito embora, tenha começado, antes, nas empresas comerciais. O objetivo dessas transformações seria o de enfrentar as dúvidas causadas pelo ritmo das mudanças no ambiente econômico, institucional e tecnológico, através da flexibilização da produção, da gestão e da comercialização. Além disso, também há consenso em que, tais mudanças organizacionais redefiniram processos de trabalho e práticas de contratação, com a automatização dos postos de trabalho, eliminação de tarefas e supressão de cargos de direção<sup>1033</sup>.

Mas, o que teria levado ao abandono da “organização científica do trabalho”? Em termos de mercado, o fato da demanda ter se tornado imprevisível em quantidade e qualidade; a diversificação dos mercados em todo o mundo; o ritmo de mudança tecnológica, que fez com que a produção em série se tornasse cara e rígida. É o chamado “modelo de artesanato industrial” ou de “produção personalizada”, já que a produção adapta-se às alterações da demanda, transformando-se as cadeias de montagem das grandes empresas em unidades produtivas reprogramáveis, sensíveis às mudanças do mercado e a alteração dos insumos tecnológicos<sup>1034</sup>.

Porém, não há consenso quanto ao papel das grandes e pequenas empresas nesse atual ambiente, porque se fala em crise, nas grandes empresas, com o novo padrão produtivo. Por outro lado, existem os que afirmam que as pequenas empresas tenderam a fundir-se e a

---

<sup>1033</sup> CASTELLS, Manuel. **La Era de la Información. La Sociedad Red**. Vol I. 4 ed. México: Siglo Veintiuno, 2002.p.181.

<sup>1034</sup> Ibid. p. 182/183.

tornarem-se grandes ou a acabar. Ora, se é correto afirmar que as pequenas e médias empresas possuem mais facilidade de adaptação, esse dinamismo está sob controle das grandes corporações, através das redes de subcontratação. O que desaparece não são as grandes empresas, mas a antiga organização integrada e hierarquizada verticalmente <sup>1035</sup>.

Assim, ainda que a dicotomia “empresa grande *versus* empresa pequena” mostre-se irrelevante, no padrão flexível, porque a questão é de inovação na organização e gestão, o novo padrão facilitou o desempenho das pequenas empresas, porque a desregulamentação e a remoção das barreiras comerciais possibilitaram às empresas, que jamais poderiam ter acesso a outros mercados, em razão do custo transacional – barreiras burocráticas e legais -, acessá-los. Além disso, o uso de computadores e das telecomunicações também aumentou, porque o custo da tecnologia de ponta, nessas áreas, baixou substancialmente. Também, a desregulamentação dos mercados financeiros permitiu o acesso das pequenas e médias empresas ao capital. Por fim, ocorreu a convergência das preferências de consumo, por força da atuação dos meios de comunicação <sup>1036</sup>.

O padrão de acumulação flexível também é caracterizado pela evolução da gestão, originalmente nas empresas japonesas - tanto que, em termos de literatura empresarial, o padrão “toyotista” é oposto ao “fordista”. São elementos desse modelo oriental: o sistema logístico do “*kan-ban*”, que significa “bem a tempo”, não sendo necessário acumular estoques custosos, de difícil gerenciamento e manutenção, sendo o item necessitado entregue no local da produção, no momento exato, com as características especificadas pela cadeia de produção; só é comprada a quantidade de peças realmente necessária, o que reduz custo <sup>1037</sup>; o controle de qualidade total, durante o processo produtivo; maior participação dos trabalhadores no processo produtivo, em equipe, de forma descentralizada e à base de recompensas; e, por fim, uma hierarquia mais simples, com abolição de cargos intermediários <sup>1038</sup>. Além das mudanças intraempresas, existem as mudanças interempresas, como a montagem de uma rede de interconexão, à base de franquia ou de subcontratação, formada por pequenas e médias empresas, sob a cobertura de uma grande empresa <sup>1039</sup>.

Acerca do “toyotismo” ou “*lean production*”, há outra característica a destacar: a adoção da engenharia simultânea (“*concurrent engineering*”), ou seja, a colocação de uma

<sup>1035</sup> Ibid. p. 184.

<sup>1036</sup> NAISBITT, John. Paradoxo Global. **Quanto Maior a Economia Mundial, Mais Poderosos são os seus Protagonistas Menores: Nações, Empresas e Indivíduos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.p. 13/14.

<sup>1037</sup> NAGELS, Jacques. **Elementos de Economia Política. Crítica do Pensamento Único**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.p.65.

<sup>1038</sup> CASTELLS, Manuel. op. cit. p. 185.

<sup>1039</sup> Ibid. p.187.

equipe multidisciplinar em um mesmo projeto, com a diminuição do período de tempo existente entre a definição do projeto e a concepção do produto - no início dos anos noventa, os japoneses precisavam de 43 meses para lançar um novo modelo da automóvel, enquanto os europeus precisavam de 63 meses, em média <sup>1040</sup>.

Outra característica do novo modelo está no mercado de trabalho <sup>1041</sup>, desaparecendo as grandes linhas de montagem, que exigiam um trabalhador especializado em uma tarefa simples, o que permitia o acesso o emprego aos trabalhadores com menos tempo de escolaridade; redução da oferta de trabalho em inúmeros setores e demanda maior, no setor de serviços, de trabalhadores com maior escolaridade. Além disso, a necessidade de mão-de-obra já não é tão constante e intensa como era, flexibilizando-se o mercado de trabalho, com subcontratação e contratação temporária ou a tempo parcial. Ela originou uma série de reformas legais no mundo todo, com eliminação da estabilidade, da proteção social e o desmonte do Estado do Bem Estar Social, como um todo.

A mão-de-obra tornou-se global, em razão da interdependência existente nesse mercado, em razão de três mecanismos: ação das empresas multinacionais e suas redes, com a criação de ofertas de emprego globais; o impacto do comércio internacional sobre as condições do emprego e trabalho e os efeitos da competição global e do novo modo de gestão sobre a mão-de-obra de cada país <sup>1042</sup>.

Outra característica do padrão de acumulação flexível é a financeirização da riqueza. Com ela, a acumulação de ativos financeiros e o rentismo aceleraram-se, após o fim do período fordista, além das mutações na composição da riqueza social e as assimetrias entre os países e as classes sociais <sup>1043</sup>. Segundo informações de 2004, do Federal Reserve, havia 34,8 trilhões de dólares em ativos financeiros, em poder das famílias, contra 20,1 trilhões de dólares em ativos tangíveis <sup>1044</sup>, nos Estados Unidos. As empresas também ampliaram a posse de ativos financeiros, o que fez com que a expectativa de variação dos preços deles passasse a desempenhar um papel muito mais relevante do que tinha antes, com os lucros financeiros superando os lucros operacionais.

No campo das instituições financeiras, a finança direta securitizada passou a ter mais importância do que o crédito bancário tradicional, o que ocorreu por conta da desregulamentação financeira, já que os bancos puderam passar a oferecer mais produtos e

---

<sup>1040</sup> NAGELS, Jacques. op. cit. p.65.

<sup>1041</sup> CASTELLS, Manuel. op. cit.p.229/252.

<sup>1042</sup> Ibid. p. 262.

<sup>1043</sup> TAVARES, Maria da Conceição; BELUZZO, Luiz Gonzaga. A Mundialização do Capital e a Expansão do Poder Americano. In FIORI, Jose Luis. **O Poder Americano**. Petrópolis: Vozes, 2004.p. 126/127.

<sup>1044</sup> Ibid. p.127.



serviços, além de envolver-se com o mercado de capitais. Tal liberalização conduziu à existência de maior liquidez no mercado de capitais, mas o risco é maior, porque o grau de alavancagem de corretoras, fundos e bancos de investimento também é maior. Esse risco também se explica pelo fato dos administradores de carteiras de investimento, em função da maior competição, se sentirem obrigados a ter desempenho melhor <sup>1045</sup>.

A desregulamentação também propiciou maior participação cruzada de investidores estrangeiros em cada mercado financeiro, de tal forma, que o montante transacionável de cinco trilhões de dólares, no início dos anos oitenta, transformou-se em mais de cem trilhões de dólares, no final dos anos noventa, segundo o BIS <sup>1046</sup>.

A adoção do câmbio flutuante, pela maioria dos países, é outro fator relevante, porque o papel da avaliação de expectativas de valorização ou desvalorização de cada moeda tornou-se mais importante <sup>1047</sup>. Mas, a questão cambial traz um risco para as economias menos desenvolvidas, dentre outras razões, pelo fato das suas moedas não terem significativa demanda internacional <sup>1048</sup>. Não por acaso, pouco importando o uso de câmbio fixo ou flutuante, as economias periféricas enfrentaram crises sérias, com fuga de capitais especulativos e danos ao sistema financeiro e bancário.

No comércio internacional, houve uma tendência de aprofundamento da polarização, em termos de concentração dos fluxos em determinados países ou grupos de países centrais. Por conta dessas características do comércio internacional, houve maior participação dos países desenvolvidos no comércio mundial, na década de oitenta, em detrimento dos países em desenvolvimento e da Europa Oriental e Central. Os desenvolvidos, nessa época, responderam por 70% do comércio mundial. Metade do comércio mundial ocorreu somente entre eles <sup>1049</sup>.

Também ocorreu uma gradual mudança na divisão internacional do trabalho, de tal modo que, não se pode afirmar, necessariamente, que um país periférico exporta somente bens primários e importa bens manufaturados <sup>1050</sup>. Já na década de oitenta, houve o aumento da exportação de manufaturados, pelos países em desenvolvimento. No início da década, os

---

<sup>1045</sup> Ibid. p.127.

<sup>1046</sup> Ibid.p.128.

<sup>1047</sup> Ibid. p.128.

<sup>1048</sup> Ibid. p.129.

<sup>1049</sup> GONÇALVES, Reinaldo. **Ô Abre-Alas. A Nova Inserção do Brasil na Economia Mundial**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.p.76/77.

<sup>1050</sup> Ibid. p.76.

manufaturados respondiam por um quinto das exportações e, ao final, já correspondiam à metade<sup>1051</sup>.

Ainda do ponto de vista do comércio internacional, a criação da OMC reverteu a tendência de “declínio do multilateralismo”, ambiente no qual, os Estados Unidos baseavam a sua política externa na mera retaliação, e os países desenvolvidos praticavam o “neoprotecionismo”<sup>1052</sup>.

Não é que os norte-americanos tenham deixado de “retaliar”, no caso de alguma medida de terceiros que os desagradasse, ou que os desenvolvidos, vistos em conjunto, tivessem aberto os seus mercados. Mas, pelo menos, foram criados mecanismos de solução de controvérsias, os quais, mal ou bem, encaminharam as questões comerciais para uma solução multilateral, ainda que, as assimetrias existentes entre os mercados façam com que os “panels” fossem eficientes para os ricos e produzissem efeitos meramente morais, quanto aos mais pobres, ao menos, em um primeiro momento de seu funcionamento.

Tal tendência foi esvaziada, posteriormente, o que motivou uma busca por outros mecanismos de solução de controvérsia, pelas economias mais poderosas, o que foi detalhado no primeiro capítulo, quando se falou nas teses que defendem a existência de intencionalidade da fragmentação do Direito Internacional.

Do ponto de vista político, há uma ideologia predominante, no curso do padrão de acumulação flexível, que se baseia na legitimidade dos governantes – poder alcançado por eleições livres e democráticas -; na eficácia dos governos – gestão satisfatória -; no culto à forma política – democracia representativa, eleições livres, pluripartidarismo, liberdade de expressão e de associação, dentre outros itens - ; e no “neoliberalismo”(sic)<sup>1053</sup>. Esse arcabouço justifica ataques a Estados supostamente soberanos, desde a implantação do padrão flexível, a fim de “impor” um modelo democrático de governo<sup>1054</sup>.

O padrão de acumulação flexível é, portanto, uma forma generalizada de produzir, que influi nas questões operacionais ou gerenciais das empresas, mas também nas relações daquelas com os Estados e com os trabalhadores, condicionando a economia, a sociedade e a política como um todo.

Tal padrão de acumulação exige uma organização empresarial mais propensa a mudanças, menos custosa, com maior possibilidade de absorção das inovações tecnológicas e

---

<sup>1051</sup> Ibid. p.80.

<sup>1052</sup> Ibid. p. 88.

<sup>1053</sup> MARTÍNEZ, Rafael Cervantes et alli. op. cit. p.197.

<sup>1054</sup> FIORI, José Luís (Org.). O Poder Global dos Estados Unidos: Formação, Expansão e Limites. In **O Poder Americano**. Petrópolis: Vozes, 2004.p. 97.

mercadológicas, não limitada pelo tamanho das economias nacionais e que possa relacionar com outras empresas, formando um todo produtivo competitivo e global.

Ele também condiciona a existência dos Estados, para que não intervenham na vida econômica, a não ser, para desregulamentá-la. Isso vale para todos os campos, inclusive o financeiro, comercial e cambial. Nesse padrão, o trabalhador necessita de maior escolaridade, versatilidade e adaptabilidade, mas não pode contar com a segurança do emprego, nem com os benefícios sociais que eram mantidos, através do Estado. O padrão de acumulação demanda a forma política democrática, os direitos humanos homogeneizados e o modo de produção capitalista liberal, mesmo que esses elementos sejam impostos à força, porque são tidos como moralmente superiores. Ele forma uma rede global de comércio, telecomunicações, transportes, finanças e crises sistêmicas, que formatam uma nova ordem jurídica internacional, se é que alguma “ordem”, no sentido de unidade de fins, realmente existia antes.

Acima de tudo, ele representa o triunfo do capital financeiro sobre o capital industrial<sup>1055</sup>, sendo bastante intuitivo que, por sua própria natureza, o capital financeiro possua uma facilidade, muito maior, de internacionalizar-se, do que o capital industrial. Na medida em que a superação da escala econômica nacional tornou-se uma realidade e uma necessidade, para a reprodução do capital, o capital industrial também se modificou, o que se traduziu na terceirização da produção, na assembleagem de peças, na maior especialização, na desmontagem das grandes plantas industriais e eliminação dos custos administrativos, com a manutenção de grandes estoques e com atividades-meio, com a informatização e a robótica, dentre outras inovações.

A conjunção de tais fenômenos produziu profundas alterações no Direito e, em especial, no Direito Internacional, que foi o veículo privilegiado de justificação *a posteriori* da superação da escala jurídica nacional. Essa justificação se dá, principalmente, através de mecanismos como o discurso da relativização da soberania nacional, da transnacionalização do Direito e da fragmentação.

### 3.2.2 Das Transformações Ocorridas nos Sujeitos, no Objeto e na Forma do Direito Internacional

Conforme foi visto, a mudança na forma de produzir do modo capitalista - de fordista para flexível - levou a uma série de transformações no mundo da cultura, dentre as quais, a transformações ocorridas no Direito, em especial, no Direito Internacional.

---

<sup>1055</sup> CHESNAIS, François. op. cit. p.36/37.

Especificamente, uma dessas transformações, a fragmentação do Direito Internacional – ou o risco de sua ocorrência - está fortemente relacionada com três grupos de alterações: as que modificaram os sujeitos<sup>1056</sup> tradicionais do Direito Internacional, a sua forma<sup>1057</sup> e o seu objeto<sup>1058</sup>.

Por outro lado, tais alterações guardam forte correlação com a mudança do padrão de acumulação, antes descrita, sendo certo que o “ser” – mudança no padrão de acumulação - condicionou e moldou o “dever ser” – alterações no Direito Internacional -, podendo ser discutido se o que há entre os eventos observados é apenas uma forte correlação ou uma relação de causa e efeito.

Não resta dúvida, porém, que "normas maleáveis, flexíveis, discricionárias e *ad hoc*"<sup>1059</sup> e que sejam "capazes de acomodar o transacionar instantâneo e são responsivas às condições de rápida mudança econômicas são mecanismos de acumulação flexível"<sup>1060</sup>. Da mesma forma que a "*soft law*", também são "mecanismos" desse novo padrão de acumulação os órgãos judiciariformes internacionais "maleáveis, flexíveis, discricionários e *ad hoc*", que competem entre si, no atual ambiente jurídico internacional, revestidos de uma embalagem tecnicista especializada.

Esse quadro contrasta com a tríade, que já se aliava, ao final da Segunda Guerra Mundial, na época do padrão de acumulação fordista maduro: acumulação capitalista (com relevância maior para a indústria), direitos fundamentais e hegemonia do Estado. Um discurso jurídico, uma dada organização econômica e uma determinada configuração política, como elementos que interagem - e, de certo modo, com uma outra gramática, ainda interagem - entre si, reforçando-se, na visão de Kochi.<sup>1061</sup>

Uma vez já compreendido como se deu a transição do padrão de acumulação anterior para o atual, para poder revisitar o caminho tomado na transformação do Direito Internacional em um de seus "mecanismos", é importante perceber, principalmente, as mudanças ocorridas com o Estado nacional, em período bastante recente.

<sup>1056</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 15/300.

<sup>1057</sup> Ibid. p. 301/316.

<sup>1058</sup> Ibid. p. 317/334.

<sup>1059</sup> CUTLER, A. Claire. op. cit. p. 30.

<sup>1060</sup> Ibid. p. 30.

<sup>1061</sup> KOCHI, Tarik. **Dreams and Nightmares of International Liberal Law: Capitalist Accumulation, Natural Rights and State Hegemony**. Brighton: Law Critique, 2016.p.2.

Aliás, antes de começar a falar em Estado, convém estabelecer que, na presente obra, parte-se da premissa que o Estado já existia antes do Estado moderno<sup>1062 1063</sup> e que o Direito Internacional não nasceu com os Tratados de Westphalia<sup>1064</sup>. A relevância dessa ressalva para a presente tese repousa na tentativa de se estabelecer correlações entre as diferentes configurações das organizações político-jurídicas, internas e externas, desde a Antiguidade, feita no quinto capítulo.

Os argumentos normalmente levantados contra a inexistência de um Direito Internacional, já na Antiguidade, são, exemplificativamente: inexistência de Estados-nação, posição desigual dos membros, inexistência de um corpo autônomo de regras e presença onipotente da guerra<sup>1065</sup>.

Como afirma Gaurier<sup>1066</sup>, ainda que os Estado-nação somente tenham surgido, ao final da Idade Média, por volta dos séculos XIV e XV, mesmo na Antiguidade havia corpos políticos em relação com outros corpos políticos. Logo, é possível falar na existência de um Direito Internacional, mesmo naquela época.

Quanto à assimetria entre os diferentes participantes das relações jurídicas internacionais, elas existiam na Antiguidade e continuam existindo atualmente. A assimetria é, não apenas fática, mas jurídica, como se vê do estrito clube dos membros permanentes, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com direito de veto.

Por outro lado, a inexistência de um corpo autônomo de regras, que pudessem ser consideradas “Direito Intrnacional” sempre foi um argumento utilizado pelos negacionistas desse ramo, mesmo nos dias atuais. Apenas a título argumentativo, se poderia dizer que o crescimento do Direito Internacional, através da incorporação de novos temas, a partir da década de setenta, teria tornado ainda mais difícil de distinguí-lo do direito interno, já que teria passado a regular as mesmas matérias. Como os Estados não são mais os únicos sujeitos de direitos e deveres na esfera internacional, sequer a base social serviria para distinguir o

<sup>1062</sup> MARÉS, Carlos Frederico. Soberania do Povo, Poder do Estado. In NOVAES, Adauto (Org.) **A Crise do Estado-Nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.p. 253.

<sup>1063</sup> BRUNKHORST, Hauke. **Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitanismo Global**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 26, n. 76, junho/2011.p. 7. O autor afirma que a crença de que o Estado teria surgido no século XVI ou XVII, como invenção moderna, seria uma das lendas oriundas das escolas de pensamento de Voegelin e Schmitt.

<sup>1064</sup> ALBERSTADT, Rachel. **Is Westphalia Relevant to the Evolution of International Law?** In [https://www.academia.edu/6266119/Is\\_Westphalia\\_relevant\\_to\\_the\\_evolution\\_of\\_international\\_law](https://www.academia.edu/6266119/Is_Westphalia_relevant_to_the_evolution_of_international_law). Acesso em 16/09/2016.16:35 h.p.2.

<sup>1065</sup> GAURIER, Dominique. **Histoire du Droit International. De la Antiquité à La Creation de L'ONU**. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2014.p. 33/37.

<sup>1066</sup> Ibid. p. 33.

Direito Internacional do direito interno. Assim sendo, haveria alguma diferença essencial entre um período e outro?

Por fim, quanto à alegada presença onipotente da guerra, não é sério dizer que essa seria somente uma realidade da Antiguidade. A História é uma sequência de conflagrações e o período recente observa um grande número de guerras civis e interestatais.

Salienta Alberstadt, que a corrente majoritária do Direito Internacional ainda sustenta que a Paz de Westphalia criou Estados, o Direito Internacional e as Relações Internacionais, o que considera exagerado<sup>1067</sup>. Exatamente, por conta de tal exagero, Krasner<sup>1068</sup> apelida essa crença de "*big bang*" das Relações Internacionais, afirmando que o chamado "sistema de Westphalia", na realidade, vem bem depois dos tratados em questão e que tais documentos são bastante medievais, para não estarem relacionados com o conceito de soberania nacional, estabelecido posteriormente. O faz com toda razão, aliás.

Sem embargo, exatamente por conta da verificação de uma relação muito íntima entre forma de produzir e o Direito correspondente, também se conclui que o Estado moderno era a configuração jurídica, do poder político, apropriada para uma economia mercantilista. Em uma economia feudal, não era necessária uma centralização de poder em território tão extenso, porque o capital ainda não havia atingido níveis de acumulação que o justificassem. A organização política e o Direito - que a justifica e legitima, *a posteriori* - acompanham as necessidades da Economia.

Logo, não é incorreto, sob esse prisma, afirmar que as estruturas administrativas da Idade Média<sup>1069</sup>, nos seus vários níveis, não constituíssem "Estados". Apenas, como regra, elas não correspondiam a "Estados nacionais". Já naquela época há um embrião de estatalidade<sup>1070</sup>, o que se revela na organização de um serviço militar e na cobrança de impostos, por exemplo.

Além dos feudos, no final da Idade Média, já existiam reinos, cujos soberanos celebravam entre si tratados, através de negociações diretas, como ocorreu com o Tratado de Paris, de 28/05/1258, entre São Luis de França e o duque-Rei da Inglaterra, através do qual, a Guyenne foi restituída ao último, em troca de vassalagem, instituindo-se a paz entre os dois reinos<sup>1071</sup>. Outros exemplos de encontros bilaterais e/ou tratados internacionais<sup>1072</sup>, celebrados

<sup>1067</sup> ALBERSTADT, Rachel. op. cit. p.2.

<sup>1068</sup> KRASNER, Stephen D. **Sovereignty**. Washington: Foreign Policy, janeiro/fevereiro 2001, n. 122.p. 21.

<sup>1069</sup> INNES, Mathew. **State and Society in the Early Middle Ages. The Middle Rhine Valley, 400-1000**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.p. 141/156.

<sup>1070</sup> WEBER, Max. op. cit. p. 268. Weber se refere à administração e a um quadro administrativo de caráter feudal. Evidentemente, referindo-se ao tipo ideal.

<sup>1071</sup> GAURIER, Dominique. op. cit. p. 103.

ao final da Idade Média, foram a Entrevista de Ardres, de 1396, entre Carlos VI e Ricardo II; o Tratado de Troyes, de 1420, através do qual, o Rei da Inglaterra se casou com a filha do Rei da França; a Entrevista de Coblentz, entre Luis da Baviera e Eduardo III, de 1338, que iniciou a primeira fase da Guerra dos Cem Anos; dentre outros.

Da mesma maneira, nesse período, desenvolve-se uma relação entre terra e poder<sup>1073</sup>, que será essencial para o futuro conceito de soberania, que possui um fundo patrimonial<sup>1074</sup>, já que o Estado Moderno, em um momento seguinte, passa a incorporar a propriedade patrimonial do agregado - público e privado.

Com efeito, afirma Krasner que a soberania é vista como um acordo institucional, para organizar a vida política, baseado em dois princípios: a territorialidade e a exclusão dos atores externos das estruturas de autoridade interna<sup>1075</sup>, o que equivaleria ao Princípio da Não-Intervenção.

Do mesmo modo, a se admitir que Estados existiam, mesmo antes da existência dos Estados nacionais da Idade Moderna, não há porque negar a existência de um Direito Internacional<sup>1076</sup>, a regular a relação entre os diferentes soberanos, com uma configuração própria e adequada ao modo de produção e ao padrão de acumulação respectivo.

Alega Benham<sup>1077</sup> que os que concordam que o Direito Internacional não existia na Idade Média, partem do princípio que isso decorre do fato não existirem Estados-nação, entre os quais, o Direito Internacional pudesse ser acordado e implementado. Porém, o Direito Internacional, por ser uma combinação de tratados, prática jurídica ou costume e princípios gerais de Direito, excederia, na visão de Benham, o que chama de "simplificação" desses historiadores. Atualmente, quando se rompe o velho dogma do Estado ser o único sujeito do Direito Internacional, a observação de Benham fica ainda mais clara. De qualquer modo, mesmo sem Estados-nação, até os tratados internacionais já existiam, como demonstrou Gaurier<sup>1078</sup>.

Por vezes, lê-se que seria infundado admitir que o pacto de paz concluído após a Batalha de Kadesh, entre os egípcios e os hititas, constituiria um tratado internacional<sup>1079</sup>.

<sup>1072</sup> Ibid. p. 103.

<sup>1073</sup> INNES, Mathew. op. cit. p. 93.

<sup>1074</sup> BAHIA, Luiz Alberto. **Soberania, Guerra e Paz**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.p.64.

<sup>1075</sup> KRASNER, Stephen D. **Soberanía, Hipocresía Organizada**. Barcelona: Paidós, 2001.p.36.

<sup>1076</sup> BENHAM, Jenny. **Law or Treaty? Defining the Edge of Legal Studies in the Early and High Medieval Periods**. In *Historic Research. Early Medieval Law in Context*. Londres: Institute of Historical Research. University of London, vol. 86, Issue 233.p.487/497.

<sup>1077</sup> Ibid. p.487/497.

<sup>1078</sup> GAURIER, Dominique. op. cit. p. 103.

<sup>1079</sup> MARK, Joshua J. **The Battle of Kadesh and the First Peace Treaty**. In *Ancient History Enciclopedia*, 18/10/2012. <http://www.ancient.eu/article/78>. Acesso em 16/09/2016.18:18 h. p.1.

Afirma-se, inclusive, que isso seria impossível, porque a forma de celebração se daria no interior dos próprios reinos, cada soberano dirigindo-se ao seu próprio Deus, como maneira de celebrar a obrigatoriedade de seu cumprimento. Mas, tal característica da forma de celebração é superfície. O fato é que o Império Egípcio e o Império Hitita estabeleceram a paz e, de certa forma, uma delimitação fronteira, além de, no mínimo, uma filha de Hattusilis III ter tido de ir para o Egito, casar-se com Ramsés II<sup>1080</sup>. Não seria isso, em natureza, um tratado internacional, apenas com uma forma diversa dos tratados atuais, com um aspecto metafísico, ao invés de contratual, como soía ocorrer na Antiguidade<sup>1081</sup>?

Importa mais a natureza das coisas, do que a mera superficialidade das formas.

Também na Antiguidade, havia relações jurídicas, inclusive as diplomáticas, entre as cidades gregas e também com as não-helênicas – por exemplo, com os persas, os cartagineses, os trácios e, em um período posterior, com os romanos. Por exemplo, havia um tratado de amizade entre Cresos, último rei da Lídia e os jônios das ilhas; o Congresso de Susa, de 367; a aliança entre Atenas e os príncipes trácios, de 377.<sup>1082</sup> Havia, mesmo, o recurso à arbitragem<sup>1083</sup>, para solucionar os conflitos entre as cidades gregas.

Feita essa ressalva, nota-se que o Estado, no período fordista, em muito se parecia com os Estados nacionais, que foram constituídos na Idade Moderna. Na base de tudo, os poderes soberanos sobre dado território, ocupado por uma dada nação - pressupondo algum grau de identidade cultural, linguística, étnica -, com a criação de uma estrutura administrativa determinada<sup>1084</sup>, o que, no dizer de Pethö, remete, não sem razão, ao tipo ideal de Weber<sup>1085</sup>. Esse conjunto caracterizava um Estado na Idade Moderna e o caracterizou até ontem, em que pese a existência de muitas fases diferentes, na evolução histórica do conceito<sup>1086</sup>.

<sup>1080</sup> BRYCE, Trevor. **The ‘Eternal’ Treaty from the Hittite Perspective**. In <http://www.britishmuseum.org/pdf/6a%20The%20Eternal%20Treaty.pdf>. Acesso em 02/10/2016. 17:01 h. p. 10.

<sup>1081</sup> BARKER, Craig. Mechanisms to Create and Support Conventions, Treaties and Other Responses. In KUTTING, Gabriela Maria (Org.). **Conventions, Treaties and Other Responses to Global Issues**, vol. I. Oxford: EOLSS Publications, 2009. p. 33.

<sup>1082</sup> GAURIER, Dominique. op. cit. p. 57.

<sup>1083</sup> Ibid. p. 64/66.

<sup>1084</sup> PETHÖ, Sándor. **The Birth of the Modern State and its Function Changes**. Oxford: International Relations Quarterly, vol. 1, n. 4, inverno/2010. p.7.

<sup>1085</sup> WEBER, Max. op. cit. p. 56. Weber deixa claro que define Estado, em correspondência com o tipo mais moderno, porque o pleno desenvolvimento do conceito somente se deu na Modernidade – o que também significa que o Estado, ainda que sem o seu pleno desenvolvimento, já existia antes-, nos seguintes termos: “Ordem jurídica e administrativa, pela qual, se orienta a atividade do quadro administrativo, que pretende validade, não apenas para os membros da associação, que pertencem a ela por nascimento, mas também, no que toca a qualquer ação executada em seu território, ao qual, se estende a dominação.”

<sup>1086</sup> PETHÖ, SÁNDOR. op. cit. p.8.



Deveras, Pethö<sup>1087</sup>, por exemplo, menciona a existência de quatro fases históricas, na evolução do conceito de Estado, iniciando no final da Idade Média, com a noção do "Estado do Poder Soberano"; a segunda, iniciando-se em meados do século XVII, relacionando-se ao chamado "Estado Comercial"; a terceira fase, por seu turno, dizendo respeito ao "Estado Constitucional" e a última, ao "Estado Nacional".

Ao fim e ao cabo, algumas das características em questão parecem ter sido integradas ao conceito, ao longo do tempo, ficando difícil separá-las por origem.

Do mesmo modo, as mudanças observadas no Direito Internacional, em todo esse período, foram muito menos bruscas, do que as observadas, a partir da transição do padrão de acumulação fordista para o flexível. A começar, pela erosão de um de seus pilares, que é a soberania nacional, com reflexo em outro pilar fundamental, o Estado. Nesse compasso, desalinham-se as duas marcas do chamado "sistema de Westphalia", os princípios da soberania nacional e da não-intervenção, a ponto de se dizer que o acordo existente sobre eles configuraria uma "hipocrisia organizada".<sup>1088</sup>

Não cabe, no presente trabalho, debater o conceito de Estado, as suas origens, as principais correntes doutrinárias sobre o tema, como já foi feito antes<sup>1089</sup>. Faz-se um corte epistemológico, para limitar o escopo do estudo à mudança do Estado, à época do padrão de acumulação fordista, para o Estado do padrão de acumulação flexível.

A primeira observação que se faz, nesse sentido, é a de que, apesar dos Estados seguirem sendo “o ator predominante na escala global”, a “agregação de Estados” já não controlaria, consistentemente, o processo político global, até mesmo, por conta do “aumento do poder e da influência de atores não-estatais, na configuração da ordem mundial”.<sup>1090</sup>

Nesse mesmo diapasão, o primeiro ponto importante diz respeito à alcunhada "relativização" do conceito de soberania nacional, porque essa "relativização" é, em si mesma, bastante "relativa". Há, atualmente, dois impérios - um deles em declínio, outro, em ascensão<sup>1091</sup> -, que exercem os seus poderes soberanos, sem muitas restrições ou condicionamentos, a China e os Estados Unidos, em que pese falar-se em multipolaridade<sup>1092</sup>. Os maiores condicionamentos, que encontram nesse exercício, originam-se do exercício da

<sup>1087</sup> Ibid. p.8.

<sup>1088</sup> KRASNER, Stephen D. **Soberanía, Hipocresía Organizada**. op. cit. p.63/66.

<sup>1089</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p.15/48.

<sup>1090</sup> FALK, Richard. op. cit. p. 50/51.

<sup>1091</sup> CHOMKSI, Noam. **Who Rules the World?** Londres: Penguin, 2016.p.95.

<sup>1092</sup> RIEGL, Martin. Introduction: Geopolitical and Geostategic Threats of the Contemporary World. RIEGL, Martin; LANDOVSKY, Jakub (Org.). **Strategic and Geopolitical Issues in the Contemporary World**. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2013.p. 2

soberania nacional, em especial, pelo outro congêneres. Há um grupo situado logo abaixo, de potências mundiais (Rússia, União Europeia) e potências regionais<sup>1093</sup>.

No outro extremo, há os Estados fracassados ou párias, que mal conseguem organizar-se ou financiar as suas atividades básicas. Interessante notar, não por coincidência, o próprio conceito de "Estado falido" foi cunhado, através do exercício da soberania do Estado hegemônico, porque foi produzido pela CIA<sup>1094</sup>, em resposta à solicitação de um relatório, pelo Vice-Presidente, em 1994. Tal relatório foi elaborado por um grupo de pesquisadores independentes, para identificar "os fatores e forças, que afetaram a estabilidade do mundo, ao final da Guerra Fria". Assim, quem diz o que é e quem é - já que existe uma lista anual dos Estados falidos - um Estado falido é a potência hegemônica, através de seus prepostos.

Só por essa evidência, já que se vê que o potencial de exercício da soberania nacional não é linear, de modo que a ideia de relativização desse feixe de poderes sofre temperamentos, dependendo do Estado sobre o qual se fala.

Ao menos, antes da hegemonia do capitalismo flexível, havia algumas características<sup>1095</sup>, que eram normalmente atribuídas ao Estado, no sentido de "Estado Moderno": continuidade no tempo e no espaço; transcendência, como ordem pública unitária distinta e superior; organização política das instituições do Estado, coordenadas formalmente entre si e relativamente centralizadas, com relações de autoridade hierárquicas; autoridade, com o monopólio do uso legítimo da força dentro de seu território; e dever de obediência. Atualmente, muitos Estados talvez não preencham todas essas características. Alguns são tidos por "falidos".

Para conceituar um Estado como "falido", a força-tarefa em questão analisa três conjuntos de dados, que se relacionam à qualidade de vida, abertura para o comércio internacional e nível de democracia.<sup>1096</sup>

Porém, o conceito é considerado, em si mesmo, um conceito "falido"<sup>1097</sup>, porque teria sido cunhado para justificar uma abordagem contraterrorista, calcada na presunção de que Estados falidos produzem terroristas. Além disso, o conceito não teria resultado em qualquer

<sup>1093</sup> TCHAKAROVA, Velina. Coping with the Global Power Shift from the West to the East: What Role for the EU in its European Neighbourhood? LANDOVSKY, Jakub (Org.). **Strategic and Geopolitical Issues in the Contemporary World**. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2013.p.33/36.

<sup>1094</sup> ESTY, Daniel C. et al. **State Failure Task Force Report: Phase II Findings**. Washington: Environmental Change & Security Project Report, Issue 5, verão/1999. p. 1.

<sup>1095</sup> MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. São Paulo: Landy, 2005.p. 413/414.

<sup>1096</sup> ESTY, Daniel C. et al. op. cit. p. 1.

<sup>1097</sup> EASTERLY, William; FRESCHI, Laura. **Top 5 Reasons Why "Failed State" is a Failed Concept**. In <http://www.nyudri.org/aidwatcharchive/2010/01/top-5-reasons-why-%E2%80%9Cfailed-state%E2%80%9D-is-a-failed-concept>. Acesso em 17/09/2016.p. 1/5.

pesquisa acadêmica. Também se diz que não é uma definição coerente, englobando aleatoriamente: guerra civil, mortalidade infantil, níveis declinantes de renda *per capita*, inflação, incapacidade de prover serviços básicos à população, políticas públicas e instituições fracas, corrupção, ausência de controles, impossibilidade de garantir segurança, incapacidade de coletar tributos, desigualdade de renda, problemas ambientais, guerras e outros desastres, vulnerabilidade dos cidadãos a uma série de choques, dentre outros. Afirma-se, igualmente, que o conceito nada adiciona à compreensão atual do comportamento dos Estados, nem é mensurável. Por fim, critica-se o conceito porque inclui períodos de interregno de poder, como nas guerras civis<sup>1098</sup>.

Bastante mais técnica é a crítica de Brooks<sup>1099</sup>, que questiona se os Estados falidos não seriam uma demonstração de falência do Estado, em termos gerais<sup>1100</sup>. Ela critica o sistema jurídico internacional, por ser "Estado-cêntrico", o que leva à tentativa de restaurar os Estados falidos, de modo a torná-los bem sucedidos, através de esforços de médio e longo prazo<sup>1101</sup>. O que entende Brooks é que esses esforços fazem mais mal do que bem, porque, em geral, os Estados falidos jamais foram Estados bem sucedidos, além do quê, nem o Estado, nem o sistema jurídico internacional "Estado-cêntrico", lograram criar estabilidade ou controle democrático<sup>1102</sup>.

Afirma Brooks - e, nesse ponto, integra-se com o que se vem sustentando na tese - que os desafios da globalização farão com que, apesar do sistema jurídico internacional ainda vir a sobreviver por algum tempo, alguns de seus Estados não sobreviverão com forma atual, sendo melhor para os seus habitantes, que vivam em uma sociedade não-estatal, do que, em um Estado disfuncional, artificialmente mantido por esforços internacionais<sup>1103</sup>.

No cerne da crítica de Brooks, há um retrato da mudança do Estado e da própria sociedade internacional, com a mudança do padrão de acumulação. Um paradigma político-jurídico de aproximadamente trezentos anos, como o do Estado - um "recém-chegado"<sup>1104</sup>, como diz ela - é transformado por essa mudança do paradigma econômico. Como nos mitos, o novo apenas surge da destruição do velho, de modo que, ataca-se o Estado como conceito e como instituição.

---

<sup>1098</sup> Ibid. p. 1/5.

<sup>1099</sup> BROOKS, Rosa Ehrenreich. **Failed States, or the State as Failure?** Chicago: The University of Chicago Law Review. vol. 72, outono/2005, n.4.p. 1159/1196.

<sup>1100</sup> Ibid. p. 1172/1175.

<sup>1101</sup> Ibid. p.1167/1169.

<sup>1102</sup> Ibid. p.1169/1178.

<sup>1103</sup> Ibid. p.1178/1196.

<sup>1104</sup> Ibid. p.1169.

Em suma, muito embora o conceito de “Estado falido” possa deixar a desejar, em alguns aspectos, isso não significa que as assimetrias, no exercício do feixe de poderes soberanos, não existam. E elas são relevantes, juridicamente, sob o ponto de vista da generalização da sanção, da atividade legiferante internacional e outros aspectos.

Mas, a relativização do conceito de soberania não se restringe às assimetrias no exercício desse feixe de poderes. Enquanto, no período fordista, o Direito Internacional dava ênfase ao aspecto da independência dos Estados, em detrimento à interdependência existente e, já naquela época, crescente<sup>1105</sup>; no período flexível, essa pretensa independência dos Estados é corroída, por um lado, pelo enfoque na existência de problemas comuns<sup>1106</sup>, de índole transnacional ou comunitária, que demandam um tipo de atuação político-jurídico diversa daquela de base nacional<sup>1107</sup>, os “dramas cósmicos westphalianos”<sup>1108</sup>; por outro lado, pela ênfase na erosão de todos os sinais de soberania nacional<sup>1109</sup> (dar e anuar leis, capacidade de declarar guerra e celebrar a paz, última instância de julgamento, emissão de moeda, tributação, dentre outros).

Os problemas de índole transnacional, que demandariam uma resolução através de uma governança mundial, estariam, segundo Zerah<sup>1110</sup>, relacionados a três tipos de riscos: sistêmicos (de ordem demográfica, ecológica, relacionados à financeirização da riqueza), geográficos e os que dizem respeito à globalização. Assim, a prevenção desses riscos justificaria o exercício de poder político-jurídico em uma escala ampliada.

No que toca à erosão da soberania, tradicionalmente, o Princípio da Soberania, no Direito Internacional, podia ser resumido em seis aspectos: os Estados nacionais, independentemente de seu consentimento, estão vinculados pelas regras da ordem jurídica internacional, do costume internacional e aos princípios gerais de Direito; estão sujeitos, independentemente de seu consentimento, a novas regras que surjam nessa ordem jurídica; a não ser que a jurisdição territorial de um Estado seja ressalvada por alguma regra de Direito Internacional *ratione loci*, *ratione personae* ou *ratione materiae*, o seu exercício é assunto doméstico de cada um deles; os Estados podem alegar jurisdição sobre pessoas ou coisas fora

<sup>1105</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. **The Fundamental Principles of International Law**, vol. 87. Leiden: Nijhoff, 1955.p.214.

<sup>1106</sup> ZERAH, Dov. **L’Exigence d’une Gouvernance Mondiale**. Paris: LGDJ, 2013.p. 21/196.

<sup>1107</sup> HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política**. op. cit. p. 144/152.

<sup>1108</sup> FALK, Richard. op. cit. p. 34. Que englobam, para Falk, por exemplo, a guerra contra as drogas, as minorias oprimidas, o mercado, as questões ambientais e ecológicas as questões de governabilidade global em geral e a globalização da informação e da cultura popular.

<sup>1109</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 90/197.

<sup>1110</sup> ZERAH, Dov. op. cit. p. 21/196.

de sua jurisdição territorial, apenas se existirem normas permissivas na ordem jurídica internacional; a não ser que autorizada por normas da ordem jurídica internacional, a intervenção em matéria doméstica de outro Estado constitui violação do Direito Internacional; e na falta de regras de Direito Internacional em contrário, os Estados são iguais em *status* e perante o Direito Internacional<sup>1111</sup>.

Assim, em que pese esclarecer que os Estados soberanos, na ordem internacional, encontravam limites ao exercício de seu poder, Schwarzenberger destacava o primado do Princípio da Soberania Interna, da Não-Intervenção e da Igualdade Jurídica dos Estados Soberanos, na ordem jurídica internacional – fazendo a ressalva do "se é que ela realmente existe", quanto à "ordem" internacional.<sup>1112</sup>

Essa visão da soberania dos Estados, na ordem jurídica internacional, era tida como oriunda do costume internacional - como se salientou no Caso Wimbledon<sup>111311141115</sup> - o que trazia determinadas conseqüências. A Paz de Westphalia, de 1648, por exemplo, estabelecia uma igualdade jurídica entre Estados católicos e protestantes; o Tratado de Viena de 1820, relativo à Confederação Germânica, previa o respeito à independência dos Estados componentes, bem como, de sua igualdade jurídica; o tratado constitutivo da Liga das Nações continha dispositivos semelhantes e a Carta da ONU, embora não o tenha, faz menção ao Princípio da Igualdade Soberana.<sup>1116</sup>

Assim, no sistema Estado-cêntrico, existente entre 1648 e o final do século XX, o Princípio da Soberania, com os seus desdobramentos jurídicos, como a idéia de igualdade jurídica, a par das desigualdades fáticas entre os Estados, possuía um determinado patamar de importância no Direito Internacional. Portanto, em um período que correspondeu, economicamente, ao predomínio do Mercantilismo - o Capitalismo Comercial, em todas as suas formas - e ao Capitalismo Industrial.

<sup>1111</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. **The Fundamental Principles of International Law**. op. cit. p. 216.

<sup>1112</sup> Ibid. p. 216.

<sup>1113</sup> Ibid. p. 222.

<sup>1114</sup> KLABBERS, Jan. **Clinching the Concept of Sovereignty: Wimbledon Redux**. In [www.helsinki.fi/eci/Publications/Klabbers/Wimbledon.pdf](http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Klabbers/Wimbledon.pdf). Acesso em 25/12/2016. 19:37 h. p. 5. Afirma o doutrinador que a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional é, por vezes, menosprezada, tendo tido o mérito de alinhar o conceito de soberania com a possibilidade de Direito Internacional. Assim, a partir do Caso Wimbledon se passou a entender que o poder de celebrar tratados é um atributo da soberania. Logo, os Estados nacionais podem vincular-se, pelo seu próprio consentimento, caso livremente expreso.

<sup>1115</sup> CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. S.S. Wimbledon, julgamento de 17/08/1923, Série A, n.1. Primeiro Relatório Anual da Corte Permanente de Justiça Internacional (01/01/1922 – 15/06/1925), Série E, n. 1, p. 163/168. In [www.legal.un.org/PCUsummaries/documents/english/5\\_e.pdf](http://www.legal.un.org/PCUsummaries/documents/english/5_e.pdf). Acesso em 25/12/2016. 19:55 h. p. 1/6.

<sup>1116</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. **The Fundamental Principles of International Law**. op. cit. p. 223.

Esse *status* jurídico é perdido, com o processo de financeirização do Capitalismo, não por coincidência, o que teve como antecedentes, as limitações à visão absoluta de soberania, através de precedentes jurisprudenciais como o Caso Wimbledon, ou ainda, a legitimação das assimetrias fáticas, com o estabelecimento de regras jurídicas desiguais, através das organizações internacionais – tal como ocorreu com a classificação das potências em ordens, pela Liga das Nações; o status diferenciado dos Estados nucleares no Conselho de Segurança das Nações Unidas, com poder de veto; ou a diferença de tratamento entre Estados nucleares e não-nucleares, no TNP, que é ilegítima, no entender de Falk<sup>1117</sup>.

Esse fato da relativização da soberania nacional, que inter-relaciona Direito, Política e Economia é reconhecido por vários estudiosos, podendo ser destacada a posição de Habermas, para quem, o fato da desnacionalização da produção econômica fez com que a dinâmica de desenvolvimento do capitalismo em dimensões mundiais não mais reforçasse a dinâmica de consolidação do Estado nacional<sup>1118</sup>. Segundo o referido filósofo, as estratégias de investimento das empresas teriam passado a se orientar pelos mercados financeiros e de trabalho, organizados em rede mundial.<sup>1119</sup>

Dessa forma, afirma que os Estados nacionais teriam perdido a capacidade de determinar as suas próprias políticas econômicas, porque seria necessário, para tanto, que as economias ainda tivessem uma escala nacional, as quais, seriam feitas "sob medida" para as políticas econômicas intervencionistas.<sup>1120</sup> De fato, não faz sentido uma política ativa do Estado, do ponto de vista econômico, aplicável sobre agregados sobre os quais não possui o menor controle, já que não ficam mais restritos à sua jurisdição territorial.

O retorno do liberalismo econômico - alcunhado, pejorativamente, de "neoliberalismo"(sic) - não representa, na realidade uma escolha - e, nesse sentido, não representa uma "política" -, mas uma realidade histórica que bate à porta, diante da impossibilidade de qualquer espécie de regulação ou controle, por parte do Estado, que seja eficaz, sobre o fluxo de capital, pessoas, tecnologias<sup>1121</sup>.

Muito interessante é a visão de Auby, segundo a qual, existiria uma dinâmica dialética, na relação entre o Direito Internacional e a globalização, de modo que, ao mesmo tempo em

---

<sup>1117</sup> FALK, Richard. op. cit. p. 119/133. Falk considera que essa seletividade do TNP, voltada para impedir que determinados países do Terceiro Mundo adquiram armas de destruição em massa, traz alguns efeitos negativos sobre a ordem mundial: desvia a atenção para os riscos do armamento nuclear, ignora as oportunidades para o desarmamento e desmilitarização total da segurança mundial, contraria o Direito e a Moral internacionais, o consenso político e a opinião pública mundial.

<sup>1118</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política**. op. cit.p. 145.

<sup>1119</sup> Ibid. p. 145.

<sup>1120</sup> Ibid. p. 146.

<sup>1121</sup> Ibid. p. 145/146.

que o primeiro contribuiu para o desenvolvimento da segunda<sup>1122</sup>, aquela opera uma mudança de natureza no Direito Internacional<sup>1123</sup>.

Sem embargo, conforme argumenta Auby, foi o Direito Internacional quem trouxe para a globalização boa parte de seu "armamento jurídico", como ocorreu com as organizações internacionais (Organização Mundial do Comércio, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, dentre outros, inclusive, todas as organizações de índole regional para integração econômica), que são responsáveis pelas diversas aberturas, que caracterizam a globalização. Também foi o Direito Internacional que proporcionou a globalização dos direitos fundamentais, seja através de normas ou de fóruns ou mecanismos de proteção. O Direito Internacional não age, apenas, do ponto de vista institucional, mas também fornece a tecnologia jurídica, como se dá nos tratados de integração (cláusula da nação mais favorecida, tratamento nacional, reconhecimento mútuo) e de direitos humanos (acesso do indivíduo aos tribunais internacionais).<sup>1124</sup>

Por outro lado, a recíproca é verdadeira em tal relação. Foi a globalização que proporcionou uma modificação no objeto do Direito Internacional Público, de modo que, as suas regras passaram, não apenas a regular a relação entre os diversos Estados, mas também, dos indivíduos, das empresas e de outras organizações privadas, protegendo-as, em relação aos Estados. Da mesma forma, protege a liberdade de comércio das empresas, a segurança de seus investimentos, os direitos fundamentais e a democracia. Assim sendo, o objeto do Direito Internacional Público teria passado a incorporar, na visão de Auby, o Direito Tributário, o Direito Penal, o Direito Social e o Constitucional.<sup>1125</sup>

A esfera dos sujeitos do Direito Internacional também se transformou, pelo influxo da globalização, porque os indivíduos, as empresas, as organizações privadas, as coletividades sub-estatais, também passaram a ser destinatários desse Direito. No rumo dessas transformações, o Direito Internacional torna-se menos Estado-cêntrico, para tornar-se transnacional, em função das questões que passa a regular; dos mecanismos, pelos quais, funciona; das relações jurídicas, com as quais, se preocupa.<sup>1126</sup>

Na formação desse espaço transnacional, mercê dessa dialética Direito Internacional-globalização, o primeiro vai se afastando, cada vez mais, do modelo westphaliano, que não

---

<sup>1122</sup> AUBY, Jean-Bernard. **La Globalisation, le Droit et L'État**. 2 ed. Paris: LGDJ, 2010.p. 224/225.

<sup>1123</sup> Ibid. p. 226/228.

<sup>1124</sup> Ibid. p. 224/225.

<sup>1125</sup> Ibid. p. 226/227.

<sup>1126</sup> Ibid. p. 227/228.

comportava a ideia de qualquer projeto comum ou social, como é o caso da proteção de valores comuns e a produção de bens públicos globais<sup>1127</sup>.

É nesse contexto que se situa a grande transformação do sujeito, por excelência, do Direito Internacional, no padrão anterior. O Estado perde a sua "potência jurídica"<sup>1128</sup>, apesar de manter um papel importante de regulação, ainda. Mas, como se caracterizaria essa perda de potência jurídica? O meio mais evidente de observar esse fenômeno é através do cotejo dos sinais de soberania tradicionais<sup>1129</sup>, no momento anterior, com a situação atual.

Nesse sentido, nota-se que o soberano caracterizava-se pelo poder de senhoriagem, ou seja, de emissão da própria moeda. Atualmente, inúmeros Estados soberanos desistiram de emitir a própria moeda e utilizam outras, de países estrangeiros, pura e simplesmente, porque não possuem a menor condição de gerir as próprias políticas econômicas<sup>1130</sup>, em especial, a monetária.

São exemplos dessa situação o Equador<sup>1131</sup> e Zimbábue, dentre outros, que obtiveram vantagens, em termos de estabilidade, confiança do investidor e incremento do comércio internacional, mas, por outro lado, tornaram-se ainda mais vulneráveis aos choques externos, o que é paradoxal.

De certo modo, o fato de um grupo de países, de determinada região, como ocorreu na Europa, também abandonarem as suas moedas nacionais, em nome da emissão conjunta de uma moeda regional, é, igualmente, uma forma de alienação de sua soberania, ao menos, de um dos feixes de poderes que a caracterizam, para um ente supranacional. Já em 2007, falava-se dos problemas que iriam ocorrer com países periféricos europeus, como a Grécia, quando da criação do Euro, toda vez em que os seus ciclos econômicos estivessem desencontrados, em relação aos ciclos econômicos dos países mais influentes do bloco, como a Alemanha, porque o Banco Central Europeu teria de tomar decisões de política monetária, de modo uniforme<sup>1132</sup>.

---

<sup>1127</sup> Ibid.p. 227/228.

<sup>1128</sup> Ibid.p.136/143.

<sup>1129</sup> BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la República**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1997.p. 72.

<sup>1130</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit.p. 93.

<sup>1131</sup> VALTER, Leonardo Krause. **Dolarização do Equador: os Determinantes, o Processo e os Impactos**. Porto Alegre: tese de doutorado, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, 2015. In file:///E:/doutorado%20uerj/a%20dolariza%C3%A7%C3%A3o%20do%20equador%20valter.pdf. Acesso em 22/09/2016. p. 14/18.

<sup>1132</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 70/71.



Mas, por que os Estados perdem a condição de reger as suas próprias políticas econômicas? Ora, com a globalização, surgiram inúmeros fatores novos, que se somaram às dificuldades sempre existentes.

Assim, por exemplo, para executar uma política fiscal, atualmente, a dificuldade não se resume a auferir receitas e controlar despesas, mas também, convencer os investidores e credores internacionais de que os gastos públicos estão em um patamar, que não vá comprometer as variáveis macroeconômicas relevantes. A vigilância dos Estados é feita por entidades privadas, que publicam avaliações ("*ratings*"). Ora, a perda de pontos em tais avaliações, nos dias atuais, pode ser mais eficaz para modificar a gestão da política econômica fiscal do que o seria, por exemplo, a aplicação de uma norma secundária de algum tratado internacional, da área econômica<sup>1133</sup>.

A pressão de entes privados alienígenas sobre governos nacionais leva à criação de *superavits* primários<sup>1134</sup>, no orçamento público, de modo que, um ente político, cuja função é a de maximizar a função social, passa a ter de "dar lucro", para garantir ao mercado de que é seguro investir no país. Com isso, dificulta-se o atendimento das necessidades básicas da população, inviabiliza-se a adoção de medidas anticíclicas expansionistas - baseadas, dentre outros aspectos, no aumento dos gastos do governo, para criar uma demanda efetiva - e de políticas sociais compensatórias. Sem embargo, a "disciplina fiscal"<sup>1135</sup> é o primeiro ponto da lista original do Consenso de Washington.

No campo da política monetária, a maior evidência da perda de potência do Estado nacional em dirigir a sua própria política econômica reside - a par da desistência de possuir uma moeda nacional, que é a maior delas - nas limitações exógenas a condutas que possam levar à inflação e, por conseguinte, à emissão de moeda.

Esse fenômeno se manifesta, apenas para exemplificar, na adoção em massa do regime de metas inflacionárias, por países completamente diferentes - industrializados como a Nova Zelândia, o Canadá, o Reino Unido, a Suécia, Israel, a Austrália e a Suíça, além de emergentes, como o Chile, o Brasil, a Coreia do Sul, a Tailândia e a África do Sul, por exemplo -, o que poderia sugerir a existência de alguma espécie de consenso técnico-

<sup>1133</sup> MARCOS, Jadna Sônia. **Agência de Rating, Sistema Financeiro Internacional e o Caso do Risco Soberano do Brasil, de 2002 a 2013**. Florianópolis: dissertação de mestrado, UFSC, 2014. In <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/130924/332803.pdf?sequence=1>. Acesso em 22/09/2016. p. 83/100.

<sup>1134</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou Crise Fiscal?** Rio de Janeiro: Pesquisa e Planejamento Econômico, vol. 21, n.1, abril/1991. In <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1991/91-acriseamericalatina.pdf>. Acesso em 22/09/2016.p. 18/19.

<sup>1135</sup> WILLIAMSON, John. op. cit. p. 3.

científico sobre a eficácia desse método, para países desenvolvidos e emergentes, sem distinção. Porém, esse consenso não existe<sup>1136</sup>.

O que teria, então, proporcionado a implantação de um método controverso, em tantos países, ao mesmo tempo, com características tão desiguais? Uma pista para entender como funciona a perda de potência do Estado, na condução de sua própria política monetária - através da imposição de metas rígidas de médio prazo de inflação -, com a globalização, tem a ver com o Direito Internacional Público. De fato, em 26/09/1999, foi adotado no Fundo Monetário Internacional um “Código de Boas Práticas em Transparência, nas Políticas Monetária e Financeira”<sup>1137</sup>.

No referido documento, da influente organização internacional, consta o item 2.4.1, onde se lê que "o banco central deve apresentar, periodicamente, os objetivos de sua política monetária ao público, especificando, dentre outros, a sua lógica, metas quantitativas e instrumentos, quando aplicáveis, além de suas premissas básicas"<sup>1138</sup>.

Foi, precisamente, o que os Estados soberanos passaram a fazer, sendo o método de metas de inflação uma verdadeira moda, em termos de política monetária<sup>1139 1140</sup>.

Não foi apenas isso, já que, no mesmo documento, o Fundo Monetário Internacional determinou aos Estados nacionais que os bancos centrais deveriam ter independência, conforme lei que os referidos Estados nacionais deveriam baixar (item 1.1 e subitens)<sup>1141</sup>. Logo, não se trata, apenas, de uma limitação à execução de políticas econômicas, mas observa-se uma limitação ao poder soberano de baixar leis, sobre o qual se discorre mais adiante, o que é muito mais grave.

Não se discute, na presente tese, se o regime de metas de inflação é mais ou menos eficiente. O que se discute é a forma pela qual a capacidade do Estado, de gerir a sua própria política monetária, é erodida, por conta de imposições de organismos internacionais.

Outra política econômica que o Estado não tem podido gerir, segundo o seu talante, é a cambial. Novamente, não se trata de discutir se é mais eficaz o câmbio flutuante ou o fixo,

<sup>1136</sup> MISHKIN, Frederic S. **Inflation Targeting**. In <https://notendur.hi.is/ajonsson/kennsla2013/01ENCYC.pdf>, julho de 2001. Acesso em 22/09/2016. p. 1/8.

<sup>1137</sup> FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies: Declaration of Principles**. In <https://www.imf.org/external/np/mae/mft/code/index.htm>. Acesso em 22/09/2016. 18:00h. p. 1/14.

<sup>1138</sup> FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies: Declaration of Principles**. op. cit. p. 8.

<sup>1139</sup> CASTRO, Ana; CASTRO, Lavinia. **Do Desenvolvimento Renegado ao Desafio Sinocêntrico: Reflexões de Antonio de Barros Castro sobre o Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.p. 226.

<sup>1140</sup> ARAÚJO, André. **Moeda e Prosperidade: O Impasse do Crescimento na Política de Estabilização**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2005.p. 261 e 453.

<sup>1141</sup> FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies: Declaration of Principles**. op. cit. p. 6.

até porque, isso vai depender do contexto econômico. Porém, nota-se uma grande assimetria no exercício do poder soberano, no que toca a tal item, uma vez que, a política de desvalorizações cambiais sucessivas vem sendo adotada, de forma a permitir contínua competitividade às exportações chinesas<sup>1142</sup> - não bastassem as vantagens já existentes -, sem que isso haja sido modificado, por força da ação da comunidade internacional ou do mercado.

Ora, seria de se esperar que organismos internacionais como a Organização Mundial do Comércio, em defesa de um comércio justo – deixo claro que a que a questão refere-se mesmo ao “*fair trade*”, não propriamente, ao “*free trade*”, porque se está tratando de uma hipótese de “*dumping*” cambial -, uma das bandeiras da organização<sup>11431144</sup>, viesse a combater a prática, de determinadas economias, de levar vantagens competitivas no comércio internacional, mediante seguidas desvalorizações de moeda. Porém, há algum consenso, no sentido de que, apesar de tais práticas terem um efeito similar ao de subsídios proibidos, o envolvimento da Organização Mundial do Comércio contribuiria para piorar a situação, levando a uma “guerra fria no comércio internacional”.<sup>1145</sup> Logo, poder não pode. Mas, é algo tolerado, mediante certas circunstâncias, dependendo de quem esteja exercendo esse poder soberano.

Porém, não são todos os organismos internacionais que agem da mesma forma, com relação ao uso da desvalorização da moeda nacional, com a finalidade de obter vantagens competitivas no comércio internacional, como se vê do artigo IV, da Carta do Fundo Monetário Internacional, *verbis*:<sup>1146</sup>

---

*"Article IV:  
Section 1. General obligations of members*

*Recognizing that the essential purpose of the international monetary system is to provide a framework that facilitates the exchange of goods, services, and capital among countries, and that sustains sound economic growth, and*

---

<sup>1142</sup> SCOTT, Robert E. **By Devaluating Its Currency, China Exports Its Unemployment**. Washington: Economic Policy Institute, 12/08/2015. In <http://www.epi.org/blog/by-devaluating-its-currency-china-exports-its-unemployment/>. Acesso em 22/09/2016.18:21 h.

<sup>1143</sup> CRANE, Philip (org.). **United States-China Trade Relations and the Possible Acession of China to World Trade Organization**. Darby (PA): Diane Publishing, 2001. p. 45.

<sup>1144</sup> HOLLINGSWORTH, David Anthony. **The Rise, the Fall and the Recovery of Southeast Asia's Minidragons: How Can Their History be Lessons We Shall Learn During the Twenty-First Century and Beyond?** Plymouth:Lexington Books, 2007.p.223.

<sup>1145</sup> INTERNATIONAL INSTITUTE FOR MANAGEMENT AND DEVELOPMENT (IMD). **Dialogues on Globalisation Series. Exchange Rates and Trade: Should the WTO Get Involved?**Lausanne: Insights@IMD, n.40, 2014.p.1/4.

<sup>1146</sup> FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **Articles of Agreement of the International Monetary Fund**. Washington: Fundo Monetário Internacional, abril/2016. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/>. Acesso em 27/09/2016. 16:53 h. p. 1.

*that a principal objective is the continuing development of the orderly underlying conditions that are necessary for financial and economic stability, each member undertakes to collaborate with the Fund and other members to assure orderly exchange arrangements and to promote a stable system of exchange rates. In particular, **each member shall:***

***(iii) avoid manipulating exchange rates or the international monetary system in order to prevent effective balance of payments adjustment or to gain an unfair competitive advantage over other members; ...*** (grifase).

Ou seja, cada membro do Fundo Monetário Internacional compromete-se a não manipular as taxas de câmbio, para obter vantagem competitiva injusta sobre outros membros, conforme os rumos traçados, desde o Acordo de Bretton Woods, que criou a entidade.

A regra não existe por acaso, sendo certo que o ambiente de rivalidade latente entre as potências europeias, em períodos anteriores, deveu-se também ao uso desse expediente<sup>1147</sup>.

Porém, o fraco poder de coerção da comunidade internacional sobre quem pratica o "dumping" cambial<sup>1148</sup> acaba por restringir o poder de impor limites ao poder soberano, o que soa bastante estranho. Como cada país tem de arcar com o ônus da imposição das suas próprias medidas protetivas, sem que haja uma eficácia no âmbito da concertação internacional – especificamente, do Fundo Monetário Internacional e da Organização Mundial do Comércio -, as assimetrias ficam ainda mais evidentes, porque, nem mesmo os países desenvolvidos terão como adotar medidas de salvaguarda contra um dos impérios da atualidade, em especial, a China, sob pena de ficarem excluídos das principais correntes de comércio e investimentos. É mais uma evidência do exercício assimétrico do poder soberano, em termos do exercício da própria política econômica.

O que vale para a política fiscal, monetária e cambial, vale para todas as demais políticas econômicas. O fenômeno tem se repetido em todas.

A perda de poder pelo Estado contemporâneo também é observada no que toca a outro sinal de soberania, que é o poder de declarar a guerra e negociar a paz<sup>1149</sup>, ainda que, quanto a tal aspecto, o cerceamento dos poderes soberanos do Estado não tenha sido tão eficaz, quanto em outros campos. Ora, desde 1945, há uma vedação à guerra, em tratado internacional de

<sup>1147</sup> PANIC, Milivoje. **Globalization and National Economic Welfare**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2005.p. 228/244.

<sup>1148</sup> HOWARD, Laurence. **Chinese Currency Manipulation: Are There Any Solutions?** Atlanta: Law Emory Review, vol. 27, 2013. In [http://www.law.emory.edu/eibr/\\_documents/volumes/27/2/comments/howard.pdf](http://www.law.emory.edu/eibr/_documents/volumes/27/2/comments/howard.pdf). Acesso em 02/10/2016. 19:20 h. p. 1216 e 1224. O analista afirma que o Fundo Monetário Internacional não teria os meios de coerção necessário e que a Organização Mundial do Comércio os tem, mas falha em utilizá-los.

<sup>1149</sup> BODIN, Jean. op. cit. p. 76/77.

enorme abrangência, como resultado de uma escalada proibicionista, ocorrida somente no século XX, que viveu quatro fases: a proibição do uso da força na cobrança de dívidas contratuais; a moratória da guerra; a renúncia geral ao uso da força e a sua proibição geral, com a Carta das Nações Unidas<sup>1150</sup>.

Antes do século XX, no curso do período clássico do Direito Internacional, existia o *jus ad bellum*, que estabelecia as condições para o exercício do poder soberano de declarar guerra, além do *jus in bello*, que pretendia regular os conflitos armados<sup>1151</sup>.

Dessa forma, percebe-se que, antes do advento do modelo fordista como hegemônico, a guerra era considerada uma alternativa juridicamente válida, mediante o preenchimento de determinadas condições. Isso faz todo o sentido, quando se nota a maior importância do comércio entre metrópole e colônia, do que entre diferentes metrópoles, sem a produção dos enormes excedentes que a nova organização proporcionou, o que começa a se modificar com a intensificação da industrialização<sup>1152</sup>.

O Direito Internacional somente começa a mudar, quanto à proibição do uso da força, gradativamente, na medida em que o novo padrão de acumulação vai se instalando, porque só haveria garantia para o capital que começava a se internacionalizar<sup>1153</sup>, se houvesse alguma estabilidade internacional, do ponto de vista político-jurídico, para a proteção de bens e pessoas.

Sem embargo, o primeiro momento da referida escalada deu-se com a Convenção Drago-Porter, de 1907, na Segunda Conferência de Haia<sup>1154</sup>. Desse ponto até 1945, passaram-se trinta e poucos anos, apenas. Não é estranho que, apesar de toda a condenação do uso da força pelos soberanos, durante séculos, no intervalo de apenas trinta anos, se tenha ido da proibição do uso da força para cobrança de dívidas de origem contratual, até a proibição total da guerra?

De 1945 para cá, com o desenvolvimento tecnológico, a questão da limitação dos arsenais também passou a ter grande importância, em especial, o arsenal nuclear e as armas químicas e bacteriológicas. Dessa forma, o soberano não mais poderia declarar guerra e, sob

<sup>1150</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Uso da Força no Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 107, julho/dezembro/2013. p. 156.

<sup>1151</sup> Ibid. p. 155/156.

<sup>1152</sup> BADIA, Gilbert. **Rosa Luxemburg – Journaliste, Polémiste, Révolutionnaire**. Paris: Éditions Sociales, 1975.p.514. Aumento do comércio que foi percebido, até mesmo, por Rosa Luxemburgo, ao referir-se ao comércio “intercapitalista”.

<sup>1153</sup> LIEBFRIED, Stephen; et al. Introduction: Transformations of the State. LIEBFRIED, Stephen; et al (Org.). **The Oxford Handbook of Transformations of the State**. Oxford: Oxford University Press, 2015.p. 3/5. Os autores estabelecem uma relação com a proibição do uso da força e as condições para a internacionalização do capital, mas, em período mais recente.

<sup>1154</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. op. cit. p. 157.

determinadas condições, a comunidade internacional diz quais são as armas que pode ter, ou não. Porém, essas vedações não são lineares, no regime jurídico internacional, havendo gradações, que estão diretamente relacionadas à capacidade de exercício do poder soberano, a demonstrar as assimetrias das quais se fala.

Pior do que isso, é possível afirmar, sem sombra de dúvida, que a vedação jurídica à guerra, em especial, fracassou de forma estrepitosa<sup>1155</sup>. Com efeito, entre 1946 e 1989 - período posterior à Carta da Organização das Nações Unidas e no qual predominou o fordismo maduro -, houve 718 conflitos intraestatais e 211 conflitos interestatais, em um total de 929<sup>1156</sup>.

Por outro lado, somente entre 1990 e 2003 - período posterior à Queda do Muro de Berlim, que assinalou o final da Guerra Fria e o início da hegemonia do padrão de acumulação flexível -, já ocorreram 429 conflitos intraestatais e 64 interestatais, no total de 493<sup>1157</sup>.

Tais números merecem uma análise minuciosa, para os fins da presente tese. Em primeiro lugar, do ponto de vista puramente quantitativo, um total de 1422 conflitos armados, em apenas 57 anos, desde a vedação jurídica ao uso da força, pela comunidade internacional, representa, inapelavelmente, um fracasso da proibição jurídica. Nesse sentido, deve-se dar toda a razão a Morgenthau<sup>1158</sup>, quando afirma que os antecedentes reais se opõem fortemente à realização do ideal de segurança coletiva, porque seriam necessárias algumas condições difíceis de se implementar - o sistema coletivo deve ser capaz de congrega, todas as vezes, a força intimidatória, contra qualquer agressor potencial, caso desafiem as ordens do sistema; a mesma concepção de segurança deveria ser compartilhada por todos os membros; e as nações deveriam subordinar os seus interesses políticos opostas, pelo interesse do bem comum.

É de se notar que Morgenthau faz-se novamente importante, na interpretação dos ditos dados, quando se nota que, no período da Guerra Fria e de hegemonia do fordismo maduro, que durou algo em torno de 44 anos (1945-1989), houve um total de 929 conflitos armados - na realidade, a partir de 1946. Com o fim da chamada "bipolaridade", somente entre 1990 e 2003, no período de apenas 13 anos, já houve 493 conflitos armados.

Ora, em um período de tempo, que é apenas 40% do outro, já houve 53% do número de conflitos armados do período anterior. Isso demonstra um agravamento, com relação ao

<sup>1155</sup> CHAHAB, Martin. **A Tendência dos Conflitos Armados.** In [www.achegas.net/numero/29/martin\\_chahab.29.htm](http://www.achegas.net/numero/29/martin_chahab.29.htm). Acesso em 28/09/2016. 13:09 h. p. 1/11.

<sup>1156</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1157</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1158</sup> MORGENTHAU, Hans J. **Política entre las Naciones. La Lucha por el Poder y la Paz.** 6 ed. Buenos Aires: GEL, 1986.p.494.

aspecto meramente quantitativo – e como toda análise meramente quantitativa, deve ser considerada *cum grano salis* -, no que toca aos conflitos armados. Por que isso terá ocorrido?

Morgenthau já dizia que o equilíbrio de poder é instável, imperfeito e ineficiente, mas inevitável, como fator essencial, em uma comunidade de nações soberanas, da mesma forma que em qualquer sociedade composta de unidades autônomas<sup>1159</sup>.

Sem embargo, no período de 33 anos, onde predominou o padrão fordista maduro e a situação de impasse geopolítico da "Guerra Fria", ainda que a situação de instabilidade, provocada pela iminência de guerra total, fosse um elemento desestabilizador - tanto que ocorreram 929 conflitos armados -, ainda assim, o relativo e instável equilíbrio de poder permitiu que se visse uma quantidade, proporcionalmente, menor de conflitos armados, que no período subsequente, de hegemonia militar norte-americana indiscutível, em um total de 493 conflitos armados, no curto espaço de tempo de 13 anos (entre 1990 e 2003).

Assim, a forma de limitação ao poder soberano, de declarar guerra e negociar a paz, que se mostrou mais efetiva foi a existência do equilíbrio de poder – não se está falando daquele equilíbrio de poder, que veio com a Paz de Westphalia, mas do relativo equilíbrio trazido pela bipolaridade -, ainda que imperfeito. Muito mais efetivo do que a mera vedação jurídica, como se demonstrou, com a manutenção da referida vedação jurídica, no período pós-Muro de Berlim, sem a mesma estrutura de equilíbrio de poder<sup>1160</sup>, com efeitos deletérios para a paz mundial.

Do ponto de vista qualitativo, os números revelam mais, porque, no período de predomínio do fordismo maduro, quando o que importava era a escala econômica nacional, mesmo com toda a desestabilização criada pelas guerrilhas e guerras intestinas, às vezes chamadas de "revoluções", patrocinadas por ambos os lados do conflito ideológico, ainda assim, a proporção de conflitos intraestatais, em relação aos interestatais, ficou na casa de 77,37%.

Essa proporção aumenta para 87,02%, após o fim da Guerra Fria e com a ascensão do padrão de acumulação flexível, com a explosão dos nacionalismos, com a "Bukovina global"<sup>1161</sup>, o "retorno à Idade Média"<sup>1162</sup>, porque a escala econômica nacional deixou de ser relevante e ela descolou-se da escala jurídica.

---

<sup>1159</sup> Ibid. p.209.

<sup>1160</sup> FALK, Richard. op. cit. p. 92. Não por acaso, Falk afirma que, com a queda do Muro de Berlim, “se desintegrou ante os nossos olhos o andaime geopolítico ultraestável, que provia a bipolaridade...”. Evidentemente, essa estabilidade era maior no centro do poder, do que na periferia, onde as guerras foram travadas.

<sup>1161</sup> TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society**. TEUBNER, Gunther (Org.). Global Law Without a State. Dartmouth: Aldershot, 1997.p.3/28. O autor se

De igual modo e paralelamente, demonstra-se que o Estado nacional soberano está sob ameaça, a qual, é capitaneada pela relativização de sua soberania, uma vez que o Estado, não apenas é cerceado na sua capacidade de declarar a guerra, como é incapaz de manter a sua própria unidade territorial.

No que toca à limitação dos arsenais, face da mesma moeda, o problema é tratado historicamente no Direito Internacional como "desarmamento", o qual, no dizer de Morgenthau, constitui-se na "redução ou eliminação, de alguns ou de todos os armamentos, com a intenção de acabar com uma corrida armamentista".<sup>1163</sup>

Em termos de desarmamento, há quatro critérios de classificação<sup>1164</sup>: há o desarmamento propriamente dito e o mero controle de armamento; o desarmamento geral e o local; o desarmamento qualitativo e o quantitativo; e, por fim, o desarmamento convencional e o nuclear.

A primeira classificação diz respeito à efetiva entrega dos armamentos, que só ocorre no desarmamento propriamente dito. No mero controle, pode ser verificada, tanto a quantidade de armamentos, quanto os tipos existentes, para aferir o eventual adimplemento de acordos internacionais sobre o tema.

Quando se distingue o desarmamento local do geral, o que importa é a área geográfica coberta pelo desarmamento, costumando ocorrer o primeiro deles, em situações bastante particulares, como a ação ilegal de grupos, em zonas específicas. O desarmamento geral possui uma abrangência espacial bastante maior e um sentido de maior permanência temporal.

No desarmamento quantitativo, o que importa é o mero número de armas, que deverão ser entregues ou inutilizadas, que importa. No segundo caso, o desarmamento qualitativo, determinandas características específicas das armas importam – por exemplo, se são armas de longo alcance ou de destruição em massa.

Por fim, distingue-se entre o desarmamento convencional e o nuclear, possuindo o desarmamento nuclear uma base convencional própria, com requisitos mais rigorosos, com a intenção de impedir a sua proliferação – na tentativa de excluir os Estados, que ainda não alcançaram esse nível de tecnologia, do acesso à ela, parte do que se convencionou chamar de “*apartheid* tecnológico”.

---

refere, em seu artigo, a uma obra de mesmo nome, do início do século XX, na qual, se dizia que, no futuro, prevaleceria uma ordem internacional baseada na sociedade civil, não nos Estados.

<sup>1162</sup> MINC, Alain. op. cit. p. 249.

<sup>1163</sup> MORGENTHAU, Hans J. op. cit. p.457.

<sup>1164</sup> Ibid. p.457.



O início da aplicação da técnica de desarmamento, no Direito Internacional, deu-se em 1816, quando o Império Russo propôs ao Império Britânico uma redução simultânea de qualquer tipo de força armada, tendo sido proposta, pelo governo britânico, a realização de uma conferência internacional para tal fim, mas a questão foi encerrada, sem maiores repercussões práticas.<sup>1165</sup>

Em termos de Direito Internacional em vigor, a Carta da Organizações das Nações Unidas, no seu artigo 11, parágrafo primeiro, faz referência aos "princípios que regem o desarmamento e a regulação dos armamentos", tendo o artigo 26 feito menção à "elaboração de planos, que se submeterão aos membros das Nações Unidas, para o estabelecimento de uma regulação de armamentos."<sup>1166</sup>

Com essa finalidade de limitação do poder soberano dos Estados nacionais, foi criada a Comissão de Energia Atômica, em 1946, fazendo propostas específicas para o controle da energia atômica, para que ela se destinasse a fins pacíficos; bem como, para a eliminação dos arsenais nacionais de armas atômicas e de todas as armas maiores suscetíveis de produzir destruição em massa<sup>1167</sup>.

Em seguida, em 1947, surge a Comissão de Armamentos Convencionais, com o escopo de preparação de propostas para a regulamentação geral e a redução de armamentos e forças armadas, além de salvaguardas práticas e efetivas.<sup>1168</sup>

Porém, o grande êxito do Direito Internacional, em termos de desarmamento, veio somente com os Acordos SALT, de 1972 e 1975, e SALT II, de 1979, que propiciaram uma efetiva redução na quantidade de mísseis antibalísticos, em especial.<sup>1169</sup> Tais acordos já se situam na época da transição do padrão fordista maduro para o padrão flexível, como já se observou, ocasião na qual, surgiram vários tratados internacionais, regulando matérias que não costumavam ser objeto de tratados internacionais, como se deu com a questão ambiental, por exemplo. É, por coincidência, um período de distensão na ex-União Soviética, que culminou com o fim dos regimes a ela ligados, na década seguinte e o fim da bipolaridade ideológica e militar.

O fato é que os tratados internacionais de desarmamento só conduzem a uma efetiva destruição de armamentos das grandes potências nucleares, na forma de acordos bilaterais, como foi o caso dos SALT I e II ("*Strategic Arms Limitation Talks*"); ABM Treaty (Tratado

---

<sup>1165</sup> Ibid. p.458.

<sup>1166</sup> Ibid. p.458.

<sup>1167</sup> Ibid. p.458.

<sup>1168</sup> Ibid. p.458.

<sup>1169</sup> Ibid. p.458.

de Limitação de Mísseis Interbalísticos); Convenção Provisória para Limitação de Armas Ofensivas Estratégicas, de 1972; Acordo para Prevenção da Guerra Nuclear, de 1973; Acordo para Regulamentação das Explosões Oceânicas para Fins Pacíficos, de 1976; Acordo para Proibição do Emprego de Técnicas de Modificação do Meio-Ambiente para Fins Militares ou Outros Usos Hostis, de 1977; o START ("*Strategic Arms Reduction Talks*"), de 1982 até 1991; o Acordo para Eliminação de Euromísseis, de 1987; o START II, de 1993; todos entre os Estados Unidos e a União Soviética. Da mesma forma, os acordos bilaterais entre blocos, como os havidos entre o Pacto de Varsóvia e a Organização do Tratado do Atlântico Norte, sendo exemplos as MBFR ("*Mutual and Balanced Forces Reductions*") e as CAFE ("*Conventional Armed Forces in Europe*") I e II.<sup>1170</sup>

Por outro lado, quando se trata de acordos internacionais multilaterais, normalmente, os resultados não são tão efetivos, sendo de se destacar a diferença de tratamento que é dada aos países que já são detentores de armas nucleares, boa parte deles representada no Conselho de Segurança das Nações Unidas, como membros permanentes, em relação aos que não as têm, ainda. Para compreender tais assimetrias, que atingem o Estado nacional e sua soberania, de maneira tão desproporcional, é preciso estudar o Acordo de Yalta, as Conferências Pugwash e o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares<sup>1171</sup>. É importante compreendê-las, porque repercutem no problema da ausência de generalidade da sanção no Direito Internacional, que é um dos motivos para que não se admita a existência de um dado sistema jurídico, como se verá mais a frente.

No Acordo de Yalta, de 1945, que pretendeu realizar uma espécie de divisão do mundo<sup>1172</sup>, para o momento em que a Segunda Guerra Mundial acabasse, foram lançadas as bases para a futura Organização das Nações Unidas e seu Conselho de Segurança. No referido acordo, gestou-se um Conselho de Segurança da ONU com os participantes da dita conferência (Estados Unidos, União Soviética e Reino Unido), mais os dois países, que teriam de ser consultados, quanto às decisões que estavam em curso. Esse formato excludente do Conselho de Segurança, ali traçado, tentou legitimar e normalizar uma situação jurídica de desigualdade, que violava o costumeiro Princípio da Igualdade Soberana dos Estados, já referido anteriormente, como corolário do mais importante princípio do Direito Internacional, o Princípio da Soberania.

---

<sup>1170</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, vol. II. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1480/1482.

<sup>1171</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 108.

<sup>1172</sup> ARON, Raymond. op. cit. p.50.

Começa nesse ponto, em termos de direito posto, a demolição do ícone da soberania nacional e da igualdade jurídica entre os Estados nacionais, a partir do reconhecimento jurídico da enorme diferença fática entre os Estados detentores de maior poder militar, em especial, as potências nucleares, em relação aos demais. Com essa ordem mundial baseada na “geometria variável” da regulação do poder militar, em nome da manutenção da paz e segurança no mundo, estabeleceu-se uma espécie de segregação tecnológica e militar dos Estados mais fracos.

Esse “*apartheid* tecnológico” foi, então, estimulado por iniciativas como as Conferências Pugwash, referentes a uma organização não-governamental de mesmo nome, para o fim de reduzir o risco de conflitos armados e busca de soluções cooperativas para problemas globais, com especial destaque para a eliminação das armas termonucleares<sup>1173</sup>. Chama a atenção o fato do anfitrião do primeiro encontro ter sido empregado de um dos maiores produtores de petróleo do mundo, Rockefeller, o que leva a sinceras dúvidas sobre as intenções daqueles que pretendiam impedir o uso da energia termonuclear no mundo<sup>1174</sup>. Uma energia, aliás, menos poluente, quando bem utilizada.

Tendo em vista o sucesso da difusão das ideias contrárias ao uso da energia nuclear, bem como, na mesma linha das decisões excludentes do Acordo de Yalta e da Carta da Organização das Nações Unidas, veio à tona o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP), ao qual, o Brasil somente aderiu, em 1997, por intensa pressão internacional, uma vez que, o país que a ele não adere é visto como um pária pela comunidade internacional. O referido tratado divide os Estados-parte em “*nuclear-weapon State*” e “*non-nuclear weapon State*”, estabelecendo o seu artigo primeiro uma vedação à transferência de artefatos nucleares para os Estados que ainda não os possuem, dirigido aos primeiros; enquanto o artigo segundo, de forma esdrúxula, proíbe os segundos de recebê-las, caso os primeiros descumpram o primeiro artigo.<sup>1175</sup>

Com essa redação, o TNP estabelece uma obrigação “contratual” para o “*non-nuclear State*” de permanecer na periferia tecnológica, devendo ser suposto o seu ânimo de livremente consentir, através de sua vontade soberana. Quem recusaria semelhante “vantagem”?

Chama a atenção, igualmente, a diferença de tratamento, para “*non-nuclear States*” e “*nuclear States*”, comparando os artigos terceiro e sexto, do mesmo tratado. No artigo terceiro, há salvaguardas, obrigações destinadas aos Estados desprovidos de armas nucleares,

<sup>1173</sup> SALBUCH, Adrian. *El Cerebro del Mundo. La Cara Oculta de la Globalización*. 4 ed. Córdoba: Ediciones del Copista, 2003. p. 211.

<sup>1174</sup> <http://www.deepcove.org/bio.html>. Acesso em 25/01/2006. 18:45 h.

<sup>1175</sup> <http://www.un.org/events/nptreaty.html>. Acesso em 25/01/2006. 19:25 h.

no sentido do fornecimento de garantias aos Estados que as possuem, como a aceitação de inspeções da Agência Internacional de Energia Atômica, em seus territórios. Assim, segundo esse proporcional acordo internacional, o fraco tem de dar garantias ao forte de que não se tornará forte<sup>1176</sup>.

Por outro lado, de acordo com o artigo sexto, do mesmo tratado, no que toca aos países possuidores de armas nucleares, existe somente a obrigação de entabular negociações, com vistas a estancar a corrida armamentista e realizar o desarmamento.<sup>1177</sup>

Talvez pelos seus termos tão justos, o tratado tem falhado, sistematicamente, em impedir que as armas nucleares cheguem aos países "*non-nuclear weapon*", tal como se deu, apenas para exemplificar, no caso paquistanês. Pelo mesmo motivo, o governo brasileiro adiou, ao máximo, assinar o mencionado tratado, tendo feito críticas pertinentes, em março de 1977, para esclarecer o motivo de não aderir, que tem a ver, exatamente, com a impossibilidade de defesa de seu território e de sua soberania.<sup>1178 1179</sup>

O regime jurídico de não-proliferação de armas nucleares é duramente criticado por Falk<sup>1180</sup>, que o considera ilegítimo, afirmando que o verdadeiro objetivo, por detrás do Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares seria impedir que determinados países do Terceiro Mundo as obtivessem, ao mesmo tempo em que nada se faz, com relação à afirmada “aquisição de meios técnicos” para “respaldar um possível futuro programa de armas nucleares” pela Alemanha e pelo Japão, apesar do histórico de militarismo e o risco de que a rivalidade econômica com os Estados Unidos gere graves tensões políticas. Tal seletividade traria graves problemas à ordem mundial e à manutenção da paz mundial, não apenas por desviar a atenção dos riscos desse tipo de armamento e impedir uma eventual desmilitarização total da segurança internacional, mas, principalmente, porque reduz a legitimidade da ordem mundial, por contrariar o Direito Internacional, a moral internacional, o consenso político dos Estados e a opinião pública mundial<sup>1181</sup>. Pior ainda, contribui para a manutenção da assimetria fática e jurídica, impedindo que a esfera internacional, do *homini hominis lupus*, venha a se converter, um dia, em uma verdadeira ordem ou sistema jurídico, como se sustenta na presente tese.

<sup>1176</sup> <http://www.un.org/events/nptreaty.html>. Acesso em 25/01/2006. 19:25 h.

<sup>1177</sup> <http://www.un.org/events/nptreaty.html>. Acesso em 25/01/2006. 19:25 h.

<sup>1178</sup> GOLDENBERG, Jose. Brazil. In GOLDBLAT, Jozef (Org.). **Non Proliferation. The Why and the Wherefor**. Londres: Taylor & Francis, 1985.p. 81/87.

<sup>1179</sup> SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 247.

<sup>1180</sup> FALK, Richard. op. cit. 119/120.

<sup>1181</sup> Ibid. p. 121.

Há outro tratado, que trata de limitação do uso de armas nucleares, cujo tom é um pouco diverso daquele do TNP, porque não impede o uso pacífico da energia nuclear, nem os testes com finalidade pacífica. Por conta dos termos mais amenos, apesar de todas as críticas que se possa fazer à sua redação<sup>1182</sup>, o Brasil não se negou a fazer parte do Tratado de Tlateloco, de 1968, pelo contrário, tendo sido sua a iniciativa de concluí-lo, desde 1962.<sup>1183</sup>

A limitação dos arsenais também abrange as armas químicas, para exemplificar, por força da Convenção de 1993, que criou a Organização para a Proibição de Armas Químicas (OPAC/OPCW), instalada em 1997, denotando-se a intenção de destruição total das atualmente existentes e a suspensão de sua fabricação, o que é bastante diferente de criar um *status* dual entre possuidores e não possuidores.<sup>11841185</sup>

Todas essas limitações assimétricas à guerra e aos arsenais servem, apenas, para aprofundar o "*apartheid* tecnológico", que existe, em especial, no que toca ao complexo industrial-militar-acadêmico<sup>11861187</sup>, o que conduz a uma aptidão também assimétrica, no exercício dos demais poderes soberanos, nessa "nova ordem", pós-1989, conforme foi deixado claro, em discurso de 1991<sup>1188</sup>, pela potência hegemônica.

Pois bem, além da limitação para gerir as próprias políticas econômicas e da limitação no exercício do poder de declarar guerra e negociar a paz; há a limitação imposta ao poder legiferante do soberano, o tradicionalmente conhecido poder de dar e anular leis<sup>1189</sup>, que é tido por Bodin como o primeiro atributo do poder soberano.

Ocorre, que o exercício desse primeiro atributo do poder soberano, pelos Estados nacionais, vem sendo inviabilizado de várias formas. Ainda no período fordista, pela teoria, segundo a qual, os tratados internacionais teriam a primazia sobre o direito interno<sup>1190</sup>. A referida teoria foi produzida em um contexto em que o capital começava a internacionalizar-se, com um incremento no comércio internacional, por conta dos excedentes produzidos pela adoção da nova organização da produção, de modo que, para a proteção dos investimentos,

<sup>1182</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p.115.

<sup>1183</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. op. cit. p. 1485.

<sup>1184</sup> [http://www.opcw.org/docs/cwc\\_eng.pdf](http://www.opcw.org/docs/cwc_eng.pdf). Acesso em 26/01/2006. 19:48 h.

<sup>1185</sup> SEITENFUS, Ricardo. op. cit. p. 249.

<sup>1186</sup> MEDEIROS, Carlos Aguiar de. O Desenvolvimento Tecnológico Americano no Pós-Guerra como um Empreendimento Militar. In FIORI, Jose Luis (Org.). **O Poder Americano**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.p. 225.

<sup>1187</sup> BRZEZINSKI, Zbigniew. **Between Two Ages. America's Role in the Technotronic Era**. Nova Iorque: Viking Compass, 1973.p. 199/200.

<sup>1188</sup> GOBBI, Hugo. **El Nuovo Orden Internacional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.p. 46/47.

<sup>1189</sup> BODIN, Jean. op. cit. p. 74.

<sup>1190</sup> KELSEN, Hans. **Les Rapports de Système entre Le Droit Interne et le Droit International Public**. Leiden: Nijhoff, p. 299/300. É de se notar que Kelsen teve o mérito de sistematizar um entendimento, que, na realidade, já existia, como se observa do Caso Wimbledon.

dos bens, das pessoas, entendeu-se que, de um momento para o outro, deveria surgir uma ordem superior à do Estado nacional. O tema será tratado com mais detalhe, quando se analisar a criação da ideia de um sistema ou ordem internacional, no terceiro capítulo.

O referido argumento pode, muito bem, ser refutado com os argumentos aportados por Triepel<sup>1191</sup>, que esclarece que o Direito Internacional e o direito interno diferem, tanto em termos de relações sociais, quanto em termos de fontes, de modo que, em tendo naturezas diferentes, não se podendo falar em primazia de um sobre o outro. Triepel chegou a, profeticamente, antecipar o Direito Internacional do padrão de acumulação flexível, quando afirmou que "poderia ocorrer que a dissolução ameaçadora do Estado moderno coloque os grandes grupos econômicos no lugar dos Estados, produzindo um Direito Internacional absolutamente novo".<sup>1192</sup>

Desnecessário dizer que a alegada primazia do Direito Internacional sobre o direito interno foi abraçada pelos internacionalistas em geral, cabendo destacar a crítica de Mello<sup>1193</sup> à Constituição, pelo fato de dela não constar expressamente - ao contrário das constituições de países como Alemanha, França ou Estados Unidos - qual seria a relação entre a ordem interna e a externa, o que só veio a ocorrer, ainda assim, parcialmente, em período posterior.

Em que pese o fato de ter ocorrido uma série de idas e vindas jurisprudenciais sobre o tema<sup>1194</sup>, aparentemente, no Brasil, tem sido interpretado existir uma equivalência dos tratados com normas internas de mesmo jaez, inclusive quando a matéria tratada é de índole constitucional, conforme o artigo quinto, parágrafo terceiro, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/04, que estabelece que, mesmo para "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros", o seu *status* não é superior ao das normas constitucionais, mas equivalente ao das emendas constitucionais.

Assim, se a lei ordinária posterior suspende a execução de tratado, anteriormente incorporado à ordem interna, isso decorrerá do exercício da soberania nacional, manifestada pelo atributo de "dar leis a todos em geral e a cada um em particular"<sup>1195</sup>, segundo o rito estabelecido nos artigos 59 *usque* 69, da Constituição Federal de 1988. O fato desse exercício

<sup>1191</sup> TRIEPEL, Carl Heinrich. **Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International**. Leiden: Nijhof, . p. 79/84.

<sup>1192</sup> Ibid. p. 82.

<sup>1193</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional - Uma Introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p. 365/367.

<sup>1194</sup> Ibid. p. 366.

<sup>1195</sup> BODIN, Jean. op. cit. p. 74.

não ocorrer em outros países, segundo Mello<sup>1196</sup>, apenas evidencia que também esse poder soberano é enfraquecido, no atual momento jurídico.

O grande problema, no Brasil de hoje, consiste em saber o que fazer, no caso de algum tratado internacional de direitos humanos vir a ser denunciado pelo governo brasileiro, por qualquer motivo, porque, hipoteticamente, aqueles "direitos fundamentais" - e que são tão "fundamentais", que não existiam antes ! - constituirão cláusula pétrea. A rigor, se o Brasil vir a denunciar algum tratado internacional de direitos humanos, ao qual haja se obrigado, já se estará vivendo um regime de exceção, de modo que a preocupação com eventuais cláusulas pétreas da constituição será o menor dos problemas, vez que a própria constituição terá deixado de existir - ou, ao menos, terá deixado de ser eficaz.

Do ponto de vista do Direito Internacional, que diz respeito a uma ordem inteiramente diversa daquela do direito interno, a suspensão da execução por lei posterior, de uma norma advinda de um tratado internacional, pode vir a trazer uma eventual responsabilização internacional do Estado, especialmente, levando-se em consideração que, mais recentemente, tratados internacionais passaram a dificultar ou proibir reservas - como é o caso do artigo 120, do tratado internacional que criou o Tribunal Penal Internacional<sup>1197</sup> -, com o beneplácito do artigo 19, a, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

Ou seja, o Estado soberano, além de ter contra si, a pretensa superioridade da ordem externa sobre a interna, ainda terá de adimplir com relação ao todo ou não aderir ao tratado ou convenção internacional - tudo ou nada -, não podendo, sequer, declarar unilateralmente que exclui ou modifica o efeito jurídico de certas disposições do tratado, nos termos do artigo 2, d, da mesma Convenção de Viena. Com as transformações recentes do Direito Internacional, a relação entre os Estados nacionais e os grandes tratados internacionais multilaterais é bastante similar à relação entre um hipossuficiente e o contrato de adesão, de um grande grupo econômico.

A erosão da capacidade dos Estados nacionais de dar e anular leis também atinge o ícone máximo do "*law-making*", que é a constituição - erigida a tal condição, no curso da

---

<sup>1196</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional - Uma Introdução**. op. cit. p. 367.

<sup>1197</sup> CUTRALE, Daniela. **Reservas aos Tratados Multilaterais e a sua Aplicação em Temas Relacionados a Direitos Humanos: Análise do Parecer das Reservas à Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol.17, jan./jun., 2016. p.87. In <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Daniela-Cutrale-Reservas-aos-tratados-multilateraiseasuaaplica%C3%A7%C3%A3o-em-temas-relacionados-aos-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em 30/09/2016. 17:20 h.

Idade Moderna, para lastrear uma visão contratualista do Estado, que reduziu a ordem social a atos individuais de submissão consentida<sup>1198</sup>.

Na medida em que o Estado nacional perde relevância, pela obsolescência da escala econômica nacional, ocorrem fenômenos como o do exercício de soberania compartilhada com os Estados-membros, pelos entes supranacionais europeus, cujo *deficit* democrático foi, por muitos anos, denunciado<sup>1199</sup>. Com o surgimento da constituição europeia, tentou-se legitimar o poder soberano supranacional - que nasce, inevitavelmente, da transferência<sup>1200</sup> "soberana" de poderes soberanos dos Estados-membros -, criando-se o sério problema de definir, em realidade, quem é o verdadeiro soberano, nas relações entre a União Europeia e os Estados-membros.

Sem embargo, o próprio termo "supranacional" precisou ser criado, para designar algo novo no Direito Internacional Público e, portanto, impossível de ser descrito pelas categorias anteriormente existentes. A criação de algo novo passaria por três pontos essenciais: o reconhecimento de um conjunto de valores comuns, que justificassem a subordinação do interesse nacional e a subordinação da hierarquia nacional de valores; a criação de um poder efetivo, a serviço desses valores; e a autonomia desse poder superior<sup>1201</sup>.

Portanto, a justificativa, de índole constitucionalista, para a criação desse Golem supranacional, é quase tão fantasiosa, quanto aquela utilizada, na Idade Moderna, para justificar a submissão dos cidadãos ao Estado nacional. Só que, agora, fundamentos dessa mesma natureza são utilizados para basear a submissão dos diversos Estados nacionais europeus a um ente que a maior parte deles não terá poder suficiente para influenciar, como se dá quando se diz, com todas as letras, que o "interesse nacional" e a "escala de valores nacional" - hipoteticamente, traduzidos na constituição nacional - seriam submetidos à "autonomia" desse "poder superior".

Já é difícil de acreditar que categorias típicas do indivíduo, como o interesse e os valores - se é que existe mesmo um ranqueamento, na visão de todas as pessoas... - estejam presentes em algo inumano, como é o Estado - o que pode ser medido pelos seus carinhosos apelidos de "Leviatã", "o mais frio dos monstros" e tantos outros. Pior ainda, é "livremente" submeter interesses e valores já "livremente" delegados ao Estado, por conta de um mito contratualista, a um ente controlado por tecnocratas estrangeiros.

---

<sup>1198</sup> CASSIRER, Ernst. **O Mito do Estado**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 189/190.

<sup>1199</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política**. op. cit.p. 183.

<sup>1200</sup> SILVA, Karine de Souza. **O Direito da Comunidade Europeia. Fontes, Princípios e Procedimentos**. Ijuí: Unijuí, 2005.p.58.

<sup>1201</sup> Ibid. p.58.



Não, o questionamento não é tolo. Se, por um lado, compreende-se tal tentativa dos diversos Estados nacionais europeus, como uma forma de resistência à globalização econômica - já que a transnacionalidade e a obsolescência da escala econômica nacional - exige que eles se reúnam, para formar um mercado mais atrativo e operoso, por outro lado, o custo oculto desse movimento centrípeta<sup>1202</sup> é absurdo, em termos de perda de poderes de soberania.

Para amenizar esse custo, inventou-se a falácia da "soberania compartilhada", o que é uma contradição em termos. Na realidade, o que se denominada "soberania compartilhada" é a divisão do feixe de poderes soberanos, entre o ente supranacional e os Estados-membros, com resultados como os vistos no Caso MOX, no qual, a Irlanda sequer pode exercer o direito de obter uma prestação de índole jurisdicional, de um tribunal arbitral, de um dado mecanismo de solução de controvérsias, contido em tratado, da qual era signatária, porque a União Europeia também o era. Em sendo assim, a matéria ali tratada passou a ser considerada de Direito Comunitário, sobre o qual, os órgãos daquele ente supranacional dão a última palavra, segundo o ponto de vista, que acabou por prevalecer, como visto no capítulo primeiro.

Ora, a soberania não é "compartilhável", por definição. Se o for, não é soberania. Ela não é limitável, nem em poder, nem em responsabilidade, nem em tempo, como salienta Bodin<sup>1203</sup>, falando com propriedade de um fenômeno ainda atual. O soberano é aquele quem "tudo deve à sua espada"<sup>1204</sup>. Não é possível empunhá-la a dois.

Logo, quando se fala em "soberania compartilhada", na União Europeia, convém verificar quais poderes são transferidos e quais ficam com os Estados membros. Essa divisão de poderes soberanos está na constituição europeia e, apenas como um reflexo, na constituição de cada um dos Estados europeus.

Assim, por exemplo, no campo da segurança nacional - que tem a ver com o poder soberano de declarar guerra e negociar a paz -, o artigo I-5 da Constituição Europeia afirma que compete a cada um dos Estados-membros a garantia da integridade nacional, a manutenção da ordem pública e a salvaguarda da segurança nacional.<sup>1205</sup>

Porém, a imensa maioria desses Estados é membro da Aliança Militar do Atlântico Norte - OTAN -, com comando único, devendo ser observado como está redigido o Acordo

---

<sup>1202</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p.53.

<sup>1203</sup> BODIN, Jean. op. cit. p. 49.

<sup>1204</sup> Ibid. p. 67.

<sup>1205</sup> [http://www.europa.eu.int/constitution/py/ptoc2\\_pt.htm](http://www.europa.eu.int/constitution/py/ptoc2_pt.htm). Acesso em 08/02/2006.14:47 h.

Berlim Plus<sup>1206</sup>. Além disso, é a União Europeia quem tem a competência para definir e executar uma política de "segurança comum" e para definir uma "política comum de defesa", nos termos do artigo I-12.4, da Constituição Europeia<sup>1207</sup>. Assim, em matéria de segurança nacional, o que resta de poder, para cada Estado-membro? Note-se, fala-se de poderes soberanos que não foram transferidos. Pode-se imaginar o que ocorre com os que foram transferidos.

Não bastasse a alegação de primazia dos tratados e convenções internacionais sobre as normas de direito interno; a falácia da soberania compartilhada como entes supranacionais, com a transferência, inclusive, do poder de legislar; também há de se levar em conta o fato de organismos internacionais, de várias naturezas, como é o caso do Fundo Monetário Internacional<sup>1208</sup> ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>1209</sup> pretenderem impor ao Estado que exerça o seu poder legislativo dessa ou daquela forma.

Dessa forma, organizações internacionais ou entes fracionários de organizações internacionais, baseados em tratados e convenções internacionais, não se limitam a recomendar, sugerir, propor que Estados soberanos criem normas sobre determinado tema. O Fundo Monetário Internacional chega ao extremo de determinar - sob pena de uma sanção moral, muito mais eficaz do que qualquer outra, porque importa em banimento dos mercados internacionais - uma espécie de processo legislativo (vide artigo 1.2.3, do referido Código de Boas Práticas, abaixo transcrito), esquecendo-se que os países, normalmente, possuem constituições, que os regulam.

<sup>1206</sup> SAURON, Jean-Luc. **Cours d'Institutions Européennes. Le Puzzle Européen**. 2 ed. Paris: Gualino, 2004.p. 408/409.

<sup>1207</sup> [http://www.europa.eu.int/constitution/pt/ptoc4\\_pt.htm#a15](http://www.europa.eu.int/constitution/pt/ptoc4_pt.htm#a15). Acesso em 08/02/2006.19:51 h.

<sup>1208</sup> <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/manualp.pdf>. Acesso em 03/10/2016. 17:40 h. Vide artigo 1.2, que trata de como o Fundo Monetário Nacional, em seu Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal, de 2007, entende como deve ser o aparato jurídico de cada membro, no que toca às finanças públicas, *verbis*: " 1.2 A gestão das finanças públicas deve inscrever-se num quadro jurídico, regulatório e administrativo claro e aberto. 1.2.1 A arrecadação, o empenho e o gasto de recursos públicos **devem ser regidos por leis abrangentes** nas esferas orçamentária e tributária, **bem como por outras leis, regulamentos e normas administrativas** concernentes às finanças públicas. 1.2.2 A **legislação e regulamentação** aplicável à arrecadação de receitas tributárias e não tributárias, bem como os critérios que norteiam a discricção administrativa na sua aplicação, **devem ser acessíveis, claros e compreensíveis**. Os recursos contra as obrigações tributárias ou não tributárias devem ser avaliados em tempo hábil. 1.2.3 **As propostas de alteração de leis e regulamentos e, se possível, de modificação mais geral das políticas, devem ser precedidas por um período apropriado de consultas**. 1.2.4 Os acordos contratuais entre o governo e as entidades públicas ou privadas, incluindo as empresas exploradoras de recursos naturais e operadoras de concessões públicas, devem ser claros e acessíveis ao público. 1.2.5 A gestão dos ativos e passivos do governo, inclusive no que diz respeito à concessão de direitos de utilização ou exploração de bens públicos, deve ter uma fundamentação legal sólida" (grifa-se).

<sup>1209</sup> JARDIM, Tarciso Dal Maso. **Brasil Condenado a Legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Da Obrigação de Tipificar o Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado. Texto para Discussão 83, janeiro/2011.p. 5.

Por outro lado, um órgão judiciariforme, do sistema regional americano, como a CIDH, pretende impor sanção a Estados soberanos, que condena, no sentido de mudar a sua legislação, para tipificar um determinado crime, dessa ou daquela forma. Pergunta-se: os juízes da CIDH foram eleitos pelo povo? - que é de onde, hipoteticamente, se origina o poder soberano, exercido pelos Parlamentos, na sua função legislativa -, ou o valor "direitos humanos" acabou por tornar-se exclusivo, afastando um valor como a democracia? Essa questão também será apreciada mais adiante, neste capítulo.

O poder soberano de dar leis e de anulá-las também é ameaçado por uma concorrência, que não se via, desde a Idade Média, que é a norma não-estatal, assunto que será melhor debatido mais a frente.

De qualquer forma, neste ponto, que trata das transformações recentes dos sujeitos do Direito Internacional, em especial, os Estados, é perceptível que a sua soberania, nesse curto espaço de tempo, tem sido assimetricamente relativizada, o que fez com que os Estados nacionais fossem, também assimetricamente, perdendo espaço para outros entes, na esfera internacional.

Assim, por exemplo, as organizações internacionais não eram consideradas sujeitos de Direito Internacional<sup>1210</sup>, por se tratarem de uma conjunção de esforços dos Estados, atuando sob uma espécie de mandato<sup>1211</sup>. Ora, o mandatário, o preposto, o delegado, não são soberanos<sup>1212</sup>.

No entanto, a opinião jurídica sobre o tema começou a mudar, consideravelmente, primeiro, para incluir a Organização das Nações Unidas, como sujeito de Direito Internacional, depois, para as demais organizações internacionais. É possível mapear o início dessa transformação, com a Decisão Consultiva da Corte Internacional de Justiça, que tratou do dano sofrido por pessoa física a serviço da ONU, o famoso Caso Bernadotte, quando se analisou o que seria a "qualidade para apresentar uma reclamação internacional".<sup>1213</sup> Estabeleceu-se que a Organização das Nações Unidas, embora não fosse um Estado ou um super-Estado, seria titular de direitos e obrigações, no Direito Internacional<sup>1214</sup>.

O que mudou, desde a época em que as organizações internacionais não eram consideradas sujeitos de direitos e deveres na esfera internacional? Ora, com a Carta das

---

<sup>1210</sup> PEDERNEIRAS, Raul. **Direito Internacional Compendiado**. 10 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.p. 89.

<sup>1211</sup> Ibid. p. 93.

<sup>1212</sup> BODIN, Jean. op. cit. p. 66/72.

<sup>1213</sup> <http://ww.icj-cij.org/cijwww/decisions/csummaries/cisunsommaire490411.htm>. Acesso em 15/02/2006. 17:01 h.

<sup>1214</sup> BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.p.118.

Nações Unidas, que prevê, inclusive, a possibilidade do exercício de coerção<sup>1215</sup> sobre os Estados soberanos, em especial, pela atuação de seu Conselho de Segurança, aquele ente que atuaria, estritamente, segundo a vontade dos Estados signatários da convenção internacional, que a criou, passaram a impor os valores, contidas na mesma carta - à moda de uma constituição internacional -, mesmo contra a vontade de determinados Estados. Assim, mesmo em termos práticos, não se está falando mais de um mero mandatário ou preposto.

Por essa razão, verifica-se que o critério de Bodin, para definir quem é o soberano, ainda é válido. Da mesma forma, percebe-se que foi o Estado soberano, através de instrumentos do próprio Direito Internacional, que promoveram as organizações internacionais à condição privilegiada de sujeito de direitos e deveres, em um primeiro momento, para, posteriormente, pretenderem ficar em um patamar superior ao de diversos Estados, que não têm como exercitar os seus poderes soberanos.

Como salienta Patriota, o Capítulo VII da Carta da Organização das Nações Unidas atribui ao Conselho de Segurança daquele organismo internacional o monopólio do exercício da coerção militar ou não militar - excetuando-se, somente os casos de legítima defesa, contidos no artigo 51, do mesmo diploma -, independentemente do consentimento da parte às quais se aplicam<sup>1216</sup>.

É bem verdade, durante o período da bipolaridade, no curso da Guerra Fria, esses instrumentos do Capítulo VII foram muito pouco utilizados, por conta da regra, segundo a qual, o Conselho de Segurança somente poderia atuar, se houvesse o consenso dos cinco membros permanentes, conforme o artigo 27.3, da Carta. Só há notícia de duas intervenções, na Coreia e no Congo Belga, além de sanções contra a África do Sul e Rodésia.<sup>1217</sup>

Porém, tudo muda, ao mesmo tempo em que desaparece o arranjo de forças da bipolaridade e o padrão de acumulação flexível torna-se hegemônico, a partir do início da Guerra do Golfo, em 02/08/1990, quando houve um "ressurgimento de interesse"<sup>1218</sup> pelo uso dos mecanismos de segurança coletiva, contidos no Capítulo VII, da Carta da ONU.

Vale frisar que contra o Iraque, o Conselho de Segurança sequer esperou para verificar se as sanções haviam sido inadequadas ou insuficientes, antes de aceitar a ideia de intervenção militar.<sup>1219</sup>

---

<sup>1215</sup> PATRIOTA, Antonio de Aguiar. **O Conselho de Segurança Após a Guerra do Golfo. A Articulação de um Novo Paradigma de Segurança Coletiva**. Brasília: Instituto Rio Branco, 1998.p. 24.

<sup>1216</sup> Ibid. p. 24.

<sup>1217</sup> Ibid. p. 24.

<sup>1218</sup> Ibid. p.35.

<sup>1219</sup> Ibid.p.36.

A partir desse momento, tem-se um novo paradigma de segurança coletiva, como se viu em intervenções na Somália, antiga Iugoslávia, Ruanda e Haiti<sup>1220</sup>, dentre outras. Deve-se observar que os alvos das intervenções são aqueles Estados considerados "falidos" e, nessa condição, não abrigados pelo poder de veto de algum dos integrantes permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

O que vale para a Organização das Nações Unidas, vale para todas as demais organizações internacionais, dos mais variados matizes, que não se valem somente do "*hard power*", mas também de instrumentos mais sutis de coerção, até mais eficazes que embargos econômicos ou intervenções militares.

Porém, a transformação que permitiu às organizações internacionais assumirem a condição de sujeitos de direitos e deveres, na órbita internacional, também empodera outros entes, como as organizações não-governamentais<sup>1221</sup>, as empresas transnacionais<sup>1222</sup> e os indivíduos<sup>1223</sup>.

Um exemplo claro do empoderamento das organizações não-governamentais, em termos de Direito Internacional, está no fato de poderem participar como observadores cadastrados no sistema das Nações Unidas, acompanhando os processos de discussão, por exemplo, na elaboração de tratados e convenções internacionais, podendo influir sobre as diversas delegações<sup>1224</sup>.

Um exemplo prático desse empoderamento está no fato de participarem da chamada "governança mundial", por exemplo, através da atribuição de notas e elaboração de "*rankings*" aos Estados nacionais, que podem influenciar nas políticas desses Estados, por exemplo, como faz a WWF - "*World Wide Fund for Nature*" - Fundo Mundial para a Natureza, fundado em 1961, com o nome de Fundo Mundial para a Vida Selvagem ("*World Wildlife Fund*")<sup>1225</sup> com a certificação ambiental.

Como não poderia deixar de ser, em tempos de capitalismo flexível, as empresas transnacionais também se empoderaram, em termos de Direito Internacional, acontecendo atualmente algo que não se poderia prever, há alguns anos. Atualmente, as empresas acionam

<sup>1220</sup> Ibid. p.67/140.

<sup>1221</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 233/253.

<sup>1222</sup> Ibid. p. 253/282.

<sup>1223</sup> Ibid. p. 283/293.

<sup>1224</sup> CARESIA, Gislaine. **ONG's Internacionais. Personalidade Jurídica, Autorização para Funcionamento no Brasil e Atuação no Sistema das Nações Unidas**. In <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32424-39161-1-PB.pdf>. Acesso em 04/10/2016. 18:27 h. p. 3.

<sup>1225</sup> [http://www.wwf.org.br/natureza\\_brasileira/questoes\\_ambientais/certificacao\\_florestal/](http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/questoes_ambientais/certificacao_florestal/). Acesso em 04/10/2016.p. 1.

Estados nacionais perante entes judiciariformes internacionais como o ICSID, como se dá no Direito Internacional dos Investimentos.<sup>1226</sup> Mais do que isso, obtém condenações milionárias, como ocorreu no Caso “Occidental Petroleum vs. Equador”, onde aquele país foi condenado a pagar quase dois milhões de dólares - o equivalente ao seu orçamento anual para a Saúde -, em razão do cancelamento de um contrato de exploração de petróleo, na Amazônia, em área indígena<sup>1227</sup>.

Toda essas circunstâncias novas - o Estado, que até poucos anos antes, sequer podia ser acionado judicialmente - "*the king do no harm, the king do no wrong*"-, aceitando ser, por exemplo, réu em um tribunal *ad hoc*, em um processo movido por uma empresa -, têm levado a uma séria discussão sobre a possibilidade das empresas transnacionais serem sujeitos de direitos e deveres na esfera internacional.<sup>1228</sup>

Lembra Alvarez que a Corte Internacional de Justiça, em 1949, no Caso Bernadotte, também conhecido como "*Reparation Case*", definiu que é sujeito de Direito Internacional a entidade que o Direito Internacional trata como pessoa, ou seja, alguém que afete ou possa ser afetado pelo Direito Internacional.<sup>1229</sup> Se o raciocínio for esse, as empresas transnacionais, na sua opinião, seriam sujeitos de Direito Internacional, tanto quanto, as organizações internacionais ou os indivíduos.<sup>1230</sup>

Porém, entende mesmo assim não ser uma boa ideia que uma empresa transnacional seja sujeito de Direito Internacional, mesmo que se reconheça que as corporações internacionais, desde a Companhia das Índias Orientais Holandesas sempre exerceram influência considerável sobre a edição de normas sobre comércio, investimentos, concorrência, propriedade intelectual e telecomunicações, dentre outros aspectos.<sup>1231</sup>

Alega Alvarez que, se coletividades de Estados, como as organizações internacionais, não podem ser confundidas com Estados, com muito mais razão, as corporações, conforme o entendimento exposto pela Corte Internacional de Justiça, no mesmo Caso Bernadotte, bem

<sup>1226</sup> PROVOST, Claire; KENNARD, Matt. **The Obscure Legal System That Lets Corporations Sue Countries.** Londres: The Guardian, 10/06/2015. In <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>. Acesso em 18:46 h. p. 1/15.

<sup>1227</sup> CHENG, Tai-Heng; BENTO, Lucas. **ICSID's Largest Award in History: An Overview of Occidental Petrol Corporation v the Republic of Ecuador.** In <http://kluwarbitrationblog.com/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>. Acesso em 04/10/2016 - 18:57 h. p. 1/5.

<sup>1228</sup> ALVAREZ, Jose. **Are Corporations "Subjects" of International Law ?** Santa Clara: Santa Clara Journal of International Law, vol. 1, 2011.p. 1/36.

<sup>1229</sup> Ibid .p. 3.

<sup>1230</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1231</sup> Ibid.p. 3.

como, pela Comissão de Direito Internacional, no Anteprojeto sobre a Responsabilidade Internacional das Organizações Internacionais.<sup>1232</sup>

Isso se dá porque os Estados ainda são, no seu entender, os únicos a deterem a capacidade de fazer cumprir legitimamente o Direito Internacional e o direito interno; da mesma forma, os Estados são os mais efetivos e legítimos legisladores internacionais e os Estados, mesmo os mais anti-democráticos, são vistos como mais representativos dos interesses coletivos dos cidadãos do que qualquer organização não-governamental, organização internacional ou empresa transnacional. Os Estados ainda podem proteger seus cidadãos dos excessos da globalização, inclusive os danos decorrentes da livre circulação de capitais e a eles se pode dirigir todas as preocupações sobre suas políticas econômicas ou sociais. Isso não ocorre, como salienta Alvarez, com as empresas.<sup>1233</sup>

Assiste total razão a Alvarez, em sua crítica aos advogados de direitos humanos, que ganham milhões em arbitragens contra empresas transnacionais, porque a estratégia de "humanizá-las", para que possam ser sujeitos de Direito Internacional e réus nas reclamações internacionais, pode representar um tiro pela culatra.

Quanto aos indivíduos, da mesma forma que as empresas transnacionais, em alguns foros internacionais, adquiriram alguns direitos, em especial, no tocante ao acesso à justiça internacional. Isso se dá, em especial, nas cortes de direitos humanos, como a CIDH<sup>1234</sup>. A possibilidade de postular em nome próprio foi reconhecida, pela primeira vez, ainda em 1907, pelo Tribunal de Justiça Centro-Americano; havendo também o famoso precedente "Caso da Jurisdição das Cortes de Danzig", da Corte Permanente de Justiça Internacional; o tribunal decorrente da Convenção da Alta Silésia, de 1922; e inúmeros outros tratados.<sup>1235</sup>

Nota-se, por conseguinte, que a aceitação da personalidade jurídica internacional desses novos atores está inserida em um bojo histórico mais amplo, como ensina Cançado Trindade, porque, antes da hegemonia do Positivismo Jurídico, via-se o sistema internacional como constituído por seres humanos; na medida em que o Estado foi personificado, passando a apresentar uma vontade própria, o *jus standi* passou a ser negado aos indivíduos e o Direito Internacional teria passado a ser um Direito Interestatal. Tudo isso somente teria retornado ao estado anterior, após o fim da Segunda Guerra Mundial.<sup>1236</sup>

---

<sup>1232</sup> Ibid. p. 34.

<sup>1233</sup> Ibid. p. 34.

<sup>1234</sup> SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 5 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.p.232/233.

<sup>1235</sup> Ibid. p.232/233.

<sup>1236</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 538/545.

As transformações chegaram a tal ponto, que se se chega a afirmar a existência de uma soberania humana, como narra Mattos<sup>1237</sup>, que se encaixa, à perfeição, no discurso da sociedade civil global e com o padrão de acumulação flexível, porque esvazia a soberania do Estado e a soberania nacional. Onde todos são soberanos, ninguém o é.

Por isso, não é de se estranhar o uso contemporâneo de expressões como "conflito de civilizações"<sup>1238</sup>, "Bukovina global"<sup>1239</sup> ou "nova Idade Média"<sup>1240</sup>, que exprimem a ideia de perda de poder do Estado soberano e fragmentação.

Mas, a fragmentação não decorre somente das mudanças ocorridas com os sujeitos de Direito Internacional. Também a sua forma<sup>1241</sup> e o seu objeto<sup>1242</sup>, experimentaram alterações.

No que toca ao objeto do Direito Internacional, os temas tradicionais do período westphaliano - alianças militares, realização da paz, reconhecimento de Estados, cessão de territórios e o reconhecimento ao direito de determinado monarca a algum trono<sup>1243</sup> - somente vieram a sofrer o acréscimo de novos temas ao final do século XIX, quando surgem os tratados que instituem organizações internacionais<sup>1244</sup>, para atender a finalidades que ultrapassavam as fronteiras dos Estados nacionais, como ocorreu com a União Telegráfica (1863), a Organização de Meteorologia (1874), a União para a Proteção da Propriedade Intelectual (1883); a União Postal (1926) e a Organização Internacional do Trabalho (1919).<sup>1245</sup>

Uma segunda fase de introdução de novos temas nos tratados e convenções internacionais surgiu no período posterior à Segunda Guerra Mundial, tendo ocorrido uma mudança quantitativa significativa - que foi o impulso no próprio número de tratados e convenções internacionais -, mas também, qualitativa. Em termos qualitativos, possuem relevo a questão ambiental, a constituição de cortes internacionais, a questão nuclear, a afirmação da existência de direitos humanos universais, a segurança alimentar, acordos de

<sup>1237</sup> MATTOS, Adherbal Meira. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 5. O internacionalista faz referência a HURTADO, Cesar Barros. **El Hombre ante el Derecho Internacional: Ensayo para una Teoria de la Soberania Humana**. Buenos Aires: El Ateneo, 1949.

<sup>1238</sup> HUNTINGTON, Samuel P. **El Choque de Civilizaciones y la Reconfiguración del Orden Mundial**. Buenos Aires: Paidós, 1997.p.1/422.

<sup>1239</sup> TEUBNER, Gunther. op. cit. p.3/28.

<sup>1240</sup> MINC, Alain. op. cit. p. 1/249.

<sup>1241</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 317/333.

<sup>1242</sup> Ibid. p. 301/317.

<sup>1243</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.p.79.

<sup>1244</sup> CABRAL, João. **Evolução do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Revista de Direito, 1908.p. 27/28.

<sup>1245</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. op. cit. p. 224.



interconexão de economias nacionais, regulação econômico-financeira, regulação econômico-monetária, cultura, exploração do espaço exterior e outros mais.

É de se notar que o aumento do número de tratados e convenções internacionais, que já foi algo notável, a partir da Segunda Guerra Mundial, muito por conta do surgimento de novas organizações internacionais e do reconhecimento de sua personalidade jurídica internacional, incrementou-se mais ainda<sup>1246</sup>, a partir da década de setenta, com o capitalismo flexível, em razão da maior internacionalização da economia e o surgimento de organizações regionais<sup>12471248</sup>.

No que toca à forma do Direito Internacional, era mais comum o uso de tratados bilaterais "pobremmente estruturados" e com uma feição mais contratual<sup>1249</sup> - a própria Paz de Westphália era um conjunto de tratados bilaterais, não um acordo multilateral<sup>1250</sup> -, o que foi modificado, com o advento das organizações internacionais e do posterior reconhecimento de sua personalidade jurídica internacional, não apenas em termos puramente quantitativos, mas também, no que toca à importância dos mesmos<sup>1251</sup>.

É de se ressaltar que a forma predominante dos tratados reflete, de certo modo, a realidade do exercício de sua soberania. Sem embargo, com relação aos tratados bilaterais, entendia-se que eles possuíam uma natureza de contrato, o que fazia todo o sentido em uma ideologia voluntarista predominante, segundo a qual, uma vez que, somente o Estado podia obrigar-se a si próprio, as suas relações internacionais teriam de se dar em pé de igualdade, logo, em uma forma contratual<sup>12521253</sup>. Como se associava a forma multilateral a uma natureza de lei, em oposição à forma contratual, com natureza de contrato, o surgimento e o aumento dos tratados e convenções com formato multilateral, só pôde ocorrer em um momento em que se fortaleceu a ideia de sociedade internacional e coordenação, ao final da Segunda Guerra Mundial, o que, logicamente, pressupõe limitação do poder soberano.

O posterior incremento, a partir da década de setenta, já está mais relacionado com a relativização da soberania nacional, que vai além da mera coordenação dos Estados - ainda de

<sup>1246</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. op. cit. p.35.

<sup>1247</sup> PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **Direito Institucional e Material do MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.p.14/25.

<sup>1248</sup> LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. **Manual de Direito Comunitário**. Curitiba: Juruá, 2001.p. 107.

<sup>1249</sup> ROSSI, Lucia Serena. **Globalization and International Law**. MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional no Cenário Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 52/53.

<sup>1250</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 437.

<sup>1251</sup> ROSSI, Lucia Serena. op. cit. p. 53.

<sup>1252</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. op. cit. p. 21.

<sup>1253</sup> BRIERLY, James Leslie. op. cit. p. 57/58.

índole voluntarista - e de uma sociedade internacional, falando-se em comunidade internacional, imposição do Direito Internacional aos Estados, mesmo contra a sua vontade, *jus cogens* e formação de blocos regionais, com criação de entes supranacionais.

Por outro lado, a partir do momento em que os Estados mais poderosos começam a abandonar a estratégia multilateralista, retornando aos tratados bilaterais, com o capitalismo flexível, como se se viu no capítulo anterior, ocorre também um retorno à mentalidade contratual, mais ligada à época do Liberalismo Clássico, do que à visão constitucionalista e constitucionalizante do Direito Internacional.

Assim, tem-se um quadro geral das transformações ocorridas com os sujeitos, o objeto e a forma do Direito Internacional, quando da passagem do padrão de acumulação fordista para o padrão de acumulação flexível, o que é feito com a finalidade de se tentar compreender o contexto da formação do espaço jurídico transnacional e da fragmentação do Direito Internacional.

Porém, como se destacou no primeiro capítulo, também é importante avaliar até que ponto a referida fragmentação seria apta a quebrar o alegado "sistema jurídico internacional", em função do risco de soluções diferentes para uma mesma questão jurídica, por conta da multiplicação de órgãos judiciariformes, com eventual superposição de atribuições.

### 3.2.3 O Papel da Diferenciação Funcional na Fragmentação do Direito Internacional: da Alegada Impossibilidade de um Sistema de Direito Internacional, em Razão do Isolamento de suas Partes Componentes

Como assinalado no primeiro capítulo, que apresentou o Caso MOX, há um temor de parcela da doutrina de Direito Internacional<sup>1254</sup><sup>1255</sup>, que se expressa no sentido da existência de um risco de vulneração de um pretense sistema de Direito Internacional, pelo fato da multiplicação de tratados e convenções internacionais, bem como, de organizações internacionais, ter propiciado o surgimento de um grande número de órgãos judiciariformes, com eventual superposição de atribuições<sup>1256</sup>.

Alegou-se que esse crescimento do Direito Internacional pode torná-lo vítima de seu próprio sucesso, na medida em que, em razão desse incremento, estaria ocorrendo o fenômeno da diferenciação funcional<sup>1257</sup>. A diferenciação funcional, por sua vez, faria com que

<sup>1254</sup> GUILLAUME, Gilbert. op. cit. p. 1/3.

<sup>1255</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p.2.

<sup>1256</sup> GUILLAUME, Gilbert. op. cit. p. 2.

<sup>1257</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Fragmentation du Droit International: Difficultés Découlant de la Diversification et de L'Expansion du Droit International.** op. cit. p. 13.

surgissem regimes autônomos<sup>1258</sup>, o que poderia corresponder a fechamentos desses subsistemas<sup>1259</sup> para o Direito Internacional geral, algo que, impactaria nos respectivos mecanismos de solução de controvérsias de cada um desses regimes. Como resultado do alegado risco de fechamento desses subsistemas, o alegado sistema como um todo poderia vir a perder coerência interna<sup>1260</sup>.

Há quem sustente, por outro lado, que não existiriam tais regimes autônomos, que o fechamento dos subsistemas seria impossível, por conta do acoplamento estrutural, inerente a todos os sistemas sociais<sup>1261</sup>.

Pelo que se percebe, mesmo que não se tenha alguma teoria sobre sistemas como o marco teórico da presente tese, é impossível fazer ouvidos moucos ou olhos de mercador para o fato desses referenciais teóricos estarem ínsitos à discussão sobre fragmentação do Direito Internacional. Tais teorias sistêmicas possuem em comum o fato de tentarem compreender a sociedade na sua totalidade<sup>1262</sup>.

Para tanto, importante conceituar "sistema", que é, em termos gerais, um "princípio de ordem". Por seu turno, a Teoria dos Sistemas Sociológicos vê-se no sistema "uma série de elementos e relações entre eles, na qual, todas as totalidades isomorfas, pertencentes a um tipo, são consideradas como um e o mesmo sistema". A série de relações entre os elementos é a estrutura do sistema, que é a "ordenação, pela qual, a complexidade se transforma em ordem".<sup>1263</sup>

Frisa-se que a tese não estará completa se, ao menos, não tangenciar dois importantes conceitos, trazidos pelas teorias em questão, que são a diferenciação funcional e o acoplamento estrutural. Sobre o desenvolvimento da ideia de Direito Internacional como um sistema, melhor cuidará o capítulo terceiro, que tratará de uma clivagem histórica bastante anterior ao período de assunção da hegemonia pelo padrão de acumulação flexível.

O conceito de diferenciação funcional, na Sociologia - é pelas mãos da Sociologia de Weber<sup>1264</sup> e Luhmann<sup>1265</sup>, como já visto, que o conceito invade o Direito Internacional - não é

---

<sup>1258</sup> Ibid. p. 11.

<sup>1259</sup> LOSANO, Mario G. op. cit. p. 376.

<sup>1260</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Fragmentation du Droit International: Difficultés Découlant de la Diversification et de L'Expansion du Droit International**. op. cit. p.12.

<sup>1261</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. op. cit. p. 492.

<sup>1262</sup> BÜLLESBACH, Alfred. **Princípios de Teoria dos Sistemas**. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.p. 409.

<sup>1263</sup> Ibid. p. 410.

<sup>1264</sup> WEBER, Max. op. cit. p.1/341 . O sociólogo não usou o termo "diferenciação".

<sup>1265</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p.

algo de criação recente, já existindo no início da Idade Moderna, na Europa, mais especificamente, nas áreas protestantes germânicas, correspondendo, em seu embrião, ao conceito de vocação profissional ("*Berufsstände*"), referindo-se à especialização profissional, ao longo de toda uma vida, o que implicaria em reflexos no próprio estilo de vida do profissional.<sup>1266</sup>

Afirma Stichweh que a ordem das profissões e vocações profissionais estava intimamente ligada a classificações macrosociais, as quais, nos séculos XVII e XVIII, ainda estavam ligadas a estado, como a unidade básica da formação da estrutura social. Assim, além dos estados baseados em pessoas, surgiu um segundo tipo de estado, que era baseado em vocações profissionais. Em se tratando de vocações, se está falando de especialistas, separados de outros especialistas.<sup>1267</sup>

Posteriormente, na segunda metade do século XVIII, a primeira teoria sobre diferenciação funcional foi formulada, através dos escritos de Adam Smith e Adam Ferguson, que se refere à subdivisão de tarefas complexas, que traz ainda mais especialização profissional<sup>1268</sup>.

Foi na Alemanha que a especialização passou a ser relacionada à individualização, não mais se limitando a pessoas naturais, falando-se, a partir desse momento, em individualidade coletiva. Assim, o domínio funcional poderia aspirar à mesma dignidade ética que era atribuída às pessoas físicas.<sup>1269</sup> Dessa forma, com Simmel, um princípio trivial de divisão de trabalho adquire um fundamento na Metafísica do Ser.<sup>1270</sup>

Ao mesmo tempo em que essa transformação ocorria, teóricos como Kant, Forster, Goethe e até Marx descreveram realidades sociais com base em abstrações funcionais (arte, conhecimento, ciência, comércio, indústria, literatura), como elos, que uniam as mais diversas regiões do globo.<sup>1271</sup>

No século XIX, surgiu outro paradigma, que deu origem ao conceito atual de diferenciação funcional, com a Embriologia. Esse paradigma refere-se ao que era observado ao microscópio, da transformação de um estado homogêneo para uma heterogeneidade crescente. A heterogeneidade surgia com a especialização de partes individuais do sistema - o

---

<sup>1266</sup> STICHWEH, Rudolf. **The History and Systematics of Functional Differentiation in Sociology**. [https://www.fiw.uni-bonn.de/demokratieforschung/personen/stichweh/pdfs/89\\_stw\\_the-history-and-systematics-of-functional-differentiation-in-sociology.02.pdf](https://www.fiw.uni-bonn.de/demokratieforschung/personen/stichweh/pdfs/89_stw_the-history-and-systematics-of-functional-differentiation-in-sociology.02.pdf). Acesso em 10/10/2016.p. 1.

<sup>1267</sup> Ibid. p. 1.

<sup>1268</sup> Ibid. p. 1.

<sup>1269</sup> Ibid. p. 2/3.

<sup>1270</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1271</sup> Ibid. p. 3.

organismo individual em desenvolvimento embriológico -, que implicava em maior coordenação e cooperação das partes especializadas.<sup>1272</sup>

Por força das contribuições de Von Baer e de Spencer, até hoje, a mencionada fórmula constitui o núcleo da metáfora da Teoria da Diferenciação, porque a diferenciação passou a ser vista como a "transição da homogeneidade incoerente indefinida para a heterogeneidade coerente definida".<sup>1273</sup>

A crítica que faz Stichweh é que esse tipo de metáfora serviu como uma espécie de obstáculo epistemológico na Sociologia, sendo indevida, na sua opinião, a analogia entre a diferenciação nos organismos individuais e aquela ocorrida na sociedade, porque o nível de coordenação e integração exigível em organismos individuais jamais poderia ser esperada em sociedades.<sup>1274</sup>

A moderna Teoria da Diferenciação Funcional, em Sociologia, somente ganha corpo entre 1890 e 1893, com Durkheim, quando se faz a distinção entre solidariedade mecânica e solidariedade orgânica<sup>1275</sup>. A diferenciação funcional para Durkheim é um tipo de solidariedade orgânica, que é baseada em diferenças que surgem no processo de individualização.<sup>1276</sup>

Na atualidade, há duas linhas sobre diferenciação funcional, que abrem possibilidades conceituais relevantes. A primeira é o paradigma da decomposição, no qual a diferenciação se deve, sempre, à divisão de uma unidade antecedente em duas novas partes ou sistemas, derivados da unidade. A diferenciação, por exemplo, em Parsons, era considerada como a separação de duas funções e subsequente inclusão das duas funções separadas em um sistema abrangente, que tinha de tornar-se mais geral nos seus valores constitutivos. A segunda, a versão individualista, não vê a separação, mas um processo de formação de um sistema. Esse processo funda-se no nascimento do novo sistema, distinguindo-se do ambiente, sendo o mais importante autor dessa linha Luhmann.<sup>1277</sup> Na teoria individualista, não há unidade superveniente, que mantenha unidas as unidades diferenciadas, além da unidade muito maior, que é a sociedade.<sup>1278</sup>

Com efeito, a Teoria Estrutural-Funcional de Parsons pressupõe sistemas sociais, com determinadas estruturas, para tratar, posteriormente, das prestações funcionais, necessárias à

---

<sup>1272</sup> Ibid.p. 4.

<sup>1273</sup> Ibid.p. 4.

<sup>1274</sup> Ibid.p. 4/5.

<sup>1275</sup> Ibid.p. 5.

<sup>1276</sup> Ibid. p.6.

<sup>1277</sup> Ibid. p.7.

<sup>1278</sup> Ibid.p.7.

manutenção dos sistemas<sup>1279</sup>. Ao reverso, na Teoria Funcional-Estrutural de Luhmann, inverte tal precedência<sup>1280</sup>.

Para entender a diferenciação funcional, na sociedade contemporânea mundial, é necessário, segundo Stichweh, começar com uma ideia adequada de pluralização dos sistemas funcionais. Segundo ele, existem mais de dez sistemas funcionais globais na sociedade mundial (dentre eles, a religião, o Direito, a Economia, comunicação de massa, turismo, esportes,...), sem falar na diferenciação interna aos sistemas, que leva a milhares de subsistemas, que se diferenciam em complexas misturas de linhas hierárquicas, segmentárias e funcionais.<sup>1281</sup>

Cada sistema funcional, por sua vez, é uma unidade em termos de formação de estrutura social e em termos de semântica auto-descritiva, sendo fundado em uma convergência dessas duas perspectivas, para se poder definir as suas fronteiras. Além disso, há uma especificação consistente, em termos da dimensão material do sentido. Assim, a qual sistema pertence determinada sequência de comunicações? À Economia? À Política? Ao Direito?<sup>1282</sup>

Especificamente, nesse processo de diferenciação, o Direito, por exemplo, passou por três ondas sucessivas, para que pudesse alcançar a autonomização de seu campo: primeiro, emancipou-se de suas implicações teológicas; depois, de sua ressonância moral e; por fim, aspirou à neutralidade axiológica<sup>1283</sup> - observando-se uma reversão recente dessa tendência, com o retorno dos valores, algo que será tratado mais adiante.

O sistema funcional também há de ter autonomia funcional<sup>1284</sup>, que diz respeito à possibilidade de auto-regulação. Stichweh destaca, igualmente, dois conceitos importantes para a caracterização do sistema funcional: a pureza e o desencaixe. A pureza refere-se à especificação temática, que importa em concentração positiva de atenção, mas, ao mesmo tempo, acentua as negações, que fazem parte do processo de especificação.<sup>1285</sup> O desencaixe, por sua vez, surgido da Antropologia Econômica de Polanyi, da Teoria das Redes de Granovetter e da Teoria da Globalização de Giddens, significa o processo de separação dos sistemas de condições contextuais e a deslocalização da sociedade<sup>1286</sup>.

<sup>1279</sup> BÜLLESBACH, Alfred. op. cit. p. 419/420.

<sup>1280</sup> Ibid. p. 425.

<sup>1281</sup> STICHWEH, Rudolf. Op. cit. p.9.

<sup>1282</sup> Ibid. p.11.

<sup>1283</sup> GOYARD-FABRE, Simone. op. cit. p. XIX.

<sup>1284</sup> STICHWEH, Rudolf. op. cit. p.11/12.

<sup>1285</sup> Ibid. p.12.

<sup>1286</sup> Ibid. p.12/13.

Além de tudo isso, ainda caracteriza os sistemas funcionais o fato de serem ordens auto-substitutivas. Segundo esse ponto de vista, trazido por Stichweh, a partir das ideias de Luhmann, os sistemas funcionais não são apenas monopólios, na ocupação de certo campo da experiência social, não aceitando que competidores desempenhem um papel complementar nos campos por eles vindicados. Também estabelecem monopólios porque sistemas funcionais, ao contrário de outras instituições sociais, não podem ser substituídos por equivalentes funcionais. Assim, por exemplo, há alternativas internas ao sistema artístico, mas não há um equivalente funcional à Arte.<sup>1287</sup>

Os sistemas funcionais, segundo Stichweh, também se caracterizam por preferirem representações reducionistas em sua comunicação interna, como ocorre com o código binário (verdadeiro ou falso, como na Ciência; legal ou ilegal, tal como no Direito;...) <sup>1288</sup>, o que permite um máximo de generalização simbólica; são auto-decompostos em atos elementares, sendo que, tais elementos definem sobre o que trata o sistema, tratando-se de um processo auto-referencial, separando-se o que está dentro e o que está fora <sup>1289</sup>; ostentam um fechamento operativo <sup>1290</sup>, que decorre, exatamente, da auto-decomposição em atos elementares, já que, na base dessas operações elementares, o sistema fecha-se a intervenções externas - assim, por exemplo, se a Política decide cortar verbas da pesquisa científica, não será capaz de antever as reações cognitivas e modificações, que ocorrerão na Ciência, nas operações internas do sistema científico; abertura para a inclusão progressiva de demandas sociais de pessoas ou grupos no sistema; dinâmica de fronteiras fluidas, já que a única fronteira conhecida dos sistemas funcionais é a da comunicação e todos os sistemas funcionais constituem culturas de si próprios <sup>1291</sup>; e apresentam singulares coletivos como auto-descrições <sup>1292</sup> (por exemplo, Ciência, Direito).

Resumindo as ideias sintetizadas por Stichweh, tem-se que o conceito de diferenciação funcional, inicialmente e, em um primeiro paradigma, referia-se a indivíduos e à sua profissão, ligando-se à ideia de especialização e de suas consequências, em termos de estilo de vida. Posteriormente, o que se referia a indivíduos foi transposto para coletividades, com a inividualidade coletiva. A partir daí, passou-se a uma operação de abstração, que dizia respeito a determinadas realidades sociais, vistas como abstrações funcionais (Arte, Direito,...), que deixaram de ter uma base física determinada, generalizando-se por todo o mundo.

---

<sup>1287</sup> Ibid. p.13/14.

<sup>1288</sup> Ibid. p.14.

<sup>1289</sup> Ibid. p.16/17.

<sup>1290</sup> Ibid. p.17.

<sup>1291</sup> Ibid. p.19.

<sup>1292</sup> Ibid. p.19.

Um segundo paradigma dizia respeito às Ciências Naturais, mais precisamente, à Embriologia, que foi transposto para as Ciências Sociais, no qual, se descrevia o processo de diferenciação como a "transição da homogeneidade incoerente indefinida para a heterogeneidade coerente definida".<sup>1293</sup> Tal processo, em termos sociais, pode ser visto de uma forma mais organicista, na qual, a decomposição gera partes funcionais, que ainda são integrantes de um mesmo sistema; ou de maneira mais individualista, na qual, não há unidade superveniente, que mantenha unidas as partes diferenciadas, a não ser a própria sociedade.

Partindo-se da visão individualista, são características de tais sistemas funcionais, nascidos da diferenciação funcional: a unidade estrutural e discursiva; especificação fulcrada no sentido; autonomia funcional; a pureza; o desencaixe; auto-substitutividade; comunicação interna por representações reducionistas; generalização simbólica; auto-decomposição em atos elementares; auto-referenciabilidade; fechamento operativo; abertura para a inclusão; dinâmica de fronteiras fluidas e auto-descrição, a partir de singulares coletivos.

No que esses aspectos da diferenciação funcional importam para a presente tese? Na realidade, compreender esse conceito é relevante, porque se atribui o risco de decisões e interpretações contraditórias do Direito Internacional, a partir da superposição de atribuição de funções jurisdicionais, relativamente a diferentes órgãos judiciariformes, à diferenciação funcional. Esse processo de diferenciação funcional poderia levar à quebra da unidade do alegado sistema de Direito Internacional.

Porém, a rigor, quando se fala em sistema, em termos sociológicos, fala-se em "Sociedade", primeiramente. Posteriormente, por força da diferenciação funcional, de "Direito". O "Direito Internacional", por sua vez, seria, quando muito, um sub-sistema do sistema funcional "Direito". Diz-se, "alegado sistema", porque a própria autonomia do Direito Internacional, como ramo jurídico, foi questionada por muito tempo. Interessante notar que a visão de Direito Internacional como um sistema - e, nesse caso, um sub-sistema funcional, ele próprio - é algo muito recente, como se verá no capítulo terceiro. Os ditos "regimes autônomos", então, seriam sub-sistemas do sub-sistema "Direito Internacional", do ponto de vista sociológico.

Como se vê, essa visão de sistemas surgindo no interior de outros, é de origem organicista, muito se assemelhando à decomposição orgânica de Talcott Parsons. Caso adotada a visão individualista de diferenciação funcional e de sistemas funcionais, uma eventual especialização do sistema "Direito" não iria criar sub-sistemas funcionais autônomos

---

<sup>1293</sup> Ibid. p. 4.



dentro dele, mas sistemas diferentes, que só se relacionariam ao universo, que é a "Sociedade". A sociedade é o ambiente<sup>1294</sup> do sistema jurídico.

É de se notar que Koskenniemi, Simma e Pulkowski<sup>1295</sup> e outros empregam uma linha de argumentação, que remete à Teoria dos Sistemas de Luhmann. Porém, a Teoria dos Sistemas de Luhmann faz parte da doutrina sociológica que vê a diferenciação funcional e a constituição de sistemas funcionais de um ponto de vista individualista, que se opõe à visão organicista.

Tem-se aí um problema sério, sob o aspecto teórico, já que, a seguir as linhas-mestras dessa linha, nem o Direito Internacional poderia um sistema de "Direito", nem os regimes autônomos poderiam fazer parte de um sub-sistema maior "Direito Internacional". Ao menos, ao se utilizar a expressão "sistema", com o sentido de sistema funcional, da Sociologia, conforme as lições de Stichweh.

Por outro lado, se é utilizada a tradicional conceituação de "sistema" como um "todo orgânico teleologicamente orientado", da Filosofia, essa visão é teoricamente possível. O que não é possível é confundir-se esse conceito da Filosofia ou a visão organicista da Sociologia, com o viés individualista de sistemas funcionais.

Se é verdade que Luhmann admite a existência de sistemas parciais ou subsistemas no Direito, com formas de diferenciação diversas e que não excluem<sup>1296</sup>, por outro lado, Luhmann não explica a diferenciação interna do Direito, fazendo alusão aos distintos campos jurídicos, porque essas divisões semânticas não explicam as formações operativas do sistema, no sistema de Direito.<sup>1297</sup> Dessa forma, "Direito Internacional" não seria considerado um subsistema de "Direito". Aliás, apesar de afirmar que o sistema jurídico só pode ser diferenciado do ambiente, caso seja internamente diferenciado - o processo de diferenciação de um sistema demanda, *pari passu*, uma diferenciação interna, que ocorre, enquanto ele se diferencia -, Luhmann diz, com todas as letras, que "ainda não se chegou a uma conclusão sobre a forma como ele se diferencia internamente".<sup>1298</sup>

Por essas razões, percebe-se que a relação que se procura estabelecer entre o alegado "sistema de Direito Internacional" e o fechamento total dos alegados "regimes autônomos" - que seriam sub-sistemas seus - afigura-se, sob esse ponto de vista teórico específico, inviável. Especialmente, em se considerando o fato do fechamento do sistema jurídico se dar, tão

---

<sup>1294</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. op. cit. p. 30.

<sup>1295</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. op. cit. p.492.

<sup>1296</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. op. cit. p.398.

<sup>1297</sup> Ibid. p. 399.

<sup>1298</sup> Ibid. .p. 397.

somente, no campo da comunicação<sup>1299</sup>, não no aspecto estrutural, o que remete ao segundo conceito relevante a ser estudado, que é o acoplamento estrutural.

Porém, admitindo como hipótese que o crescimento do Direito Internacional e a sua subsequente especialização – por questões de natureza geográfica ou temática -, tenha levado a uma circunstância, na qual, diferentes regimes de tratados competem entre si por maior espaço de influência - ou, melhor ainda, seguindo a metáfora biológica, pelo alargamento de seu espaço vital (“*Lebensraum*”) -, o Direito Internacional jamais poderia ser considerado um sistema<sup>1300</sup> (“todo orgânico teleologicamente orientado”<sup>1301</sup>), porque o alegado e hipotético fechamento dos regimes de tratados, em especial, dos tratados e convenções que não se encontram sob a égide da Organização das Nações Unidas, como é o caso dos regionais (União Europeia, por exemplo) e dos especializados por matéria (Organização Mundial do Comércio ou os tratados internacionais sobre investimentos), nem permitiria que esse todo tivesse uma constituição orgânica (com hierarquização, coordenação, ...), nem que houvesse uma única teleologia nesse conjunto.

No mesmo sentido desta constatação, Auby afirma que o Direito Internacional da época da globalização "está longe de constituir um sistema", pela forma como os seus órgãos formalizam-se, pelos princípios próprios de arquitetura normativa e outros motivos<sup>1302</sup>.

Essa competição pelo respectivo “*Lebensraum*”, que afinal de contas, nada mais é que uma disputa por um monopólio jurídico<sup>1303</sup>, sobre determinado espaço geográfico ou espaço de conhecimento jurídico, tem muito pouco a ver com a concepção organicista de diferenciação funcional por decomposição orgânica e muito a ver com o conceito de índole individualista acima mencionado. Uma verdadeira "guerra de todos contra todos". Será que o Direito Internacional – fragmentado, como sempre – poderia fornecer a evidência que Luhmann procurava, para finalmente saber como o Direito se individualiza internamente?

O Caso MOX, escolhido para ilustrar o processo de fragmentação do Direito Internacional, do ponto de vista da multiplicação de órgãos de solução de controvérsias, em diferentes regimes de tratados, fornece pistas valiosas desse processo de diferenciação funcional.

---

<sup>1299</sup> Ibid. p. 52.

<sup>1300</sup> AUBY-Jean-Bernard. op. cit. p. 135.

<sup>1301</sup> LOSANO, Mario G. op. cit. p. 122. Faz-se referência, especificamente, à teoria de Lambert sobre os quatro elementos, que um sistema deve ter: partes, nexos conectivos, um nexo comum e um escopo, que preordena o sistema.

<sup>1302</sup> AUBY-Jean-Bernard. op. cit. p. 135.

<sup>1303</sup> Ibid. p. 125.

Inicialmente, sequer haveria uma estrutura jurisdicional para decidir a questão, que teria de ser solucionada apenas por entendimento direto entre os Estados envolvidos – sendo que o Reino Unido possui uma capacidade econômica e militar muito superior à da Irlanda, evidentemente -, ou ainda, pela guerra. Em um momento posterior do Direito Internacional vieram os bons ofícios e as arbitragens. Em seguida, as cortes permanentes, sob o pálio de organizações internacionais.<sup>1304</sup>

De fato, até bem pouco tempo, a questão seria ajuizada perante a Corte Internacional de Justiça, sem qualquer outra possibilidade de órgão judiciário, depois de ultrapassada a fase de negociação entre os Estados. Porém, a Convenção de Montego Bay trouxe todas essas possibilidades e mais dois tipos de tribunais *ad hoc*.<sup>1305</sup>

Paralelamente, constituiu-se um órgão jurisdicional permanente, no bojo de um tratado internacional de alcance regional, com a finalidade de dizer o que o Direito Comunitário é, no seio de um ente supranacional, cuja existência real seria impensável, há pouquíssimo tempo.

A partir do momento em que esse ente supranacional também faz parte da convenção internacional, porque a ela havia aderido, enquanto ainda se constituía na forma de organização internacional de alcance regional, houve um acoplamento do sistema internacional com o sistema regional. Ao mesmo tempo, surge uma competição, que não poderia existir há poucos anos, entre um sistema especializado por temática (Direito do Mar) e um sistema especializado por razões de ordem geográfica (Europa). Competição que, no Caso MOX, resultou no reconhecimento de que o Direito do Mar é Direito Comunitário – aproveitando a metáfora biológica, o sistema de Direito Internacional especial foi fagocitado pelo sistema de Direito Comunitário, o qual, já não deveria ser considerado como objeto do Direito Internacional, em si mesmo, por conta da característica de supranacionalidade, portanto, um mero direito interno europeu -, o que concedeu ao órgão judiciário interno da União Europeia o poder soberano “*kompetenz-kompetenz*”, em detrimento do órgão judiciário internacional especializado.

A finalidade do sistema jurídico interno europeu era o de determinar o que o Direito Comunitário era, enquanto a teleologia do Direito Internacional especializado (do Mar) era o de garantir a paz (objetivo da Organização das Nações Unidas como um todo), através da prevenção aos riscos ao ambiente marinho. Prevaleceu a teleologia do sistema jurídico interno europeu, porque a questão que o Direito Internacional deveria solucionar jamais foi decidida no mérito.

---

<sup>1304</sup> DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit. p. 843/949.

<sup>1305</sup> Ibid. p. 931.

Como chamar de sistema, assim, um todo (Direito Internacional), no qual, não há organicidade – nem jamais houve, aliás, porque os direitos nacionais sempre foram opositores naturais da unidade; posteriormente, em um momento de maior coordenação, logo após a Segunda Guerra Mundial, surge a bipolaridade, que funcionou como força fragmentadora, especialmente, através do poder de veto dos membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas; por fim, no período atual, pela concorrência do Direito não-estatal; em razão das seqüelas da diferenciação funcional, como descrito; pela modificação ambiental, em especial, pela superação da escala nacional econômica, que perturba ou irrita o sistema “Direito” e altera toda a sua homeostase; dentre outros aspectos, que caracterizam a formação do espaço transnacional -, nem uma única teleologia –? Se há várias, alguma teleologia haverá ?

Esse tema remete à velha oposição entre Kant<sup>1306</sup> e Hegel<sup>1307</sup>, sendo que, o primeiro admite a paz perpétua como um valor-fim, ao qual, se deve tender; ao passo que, o segundo, rejeita essa teleologia, exatamente, porque é acidental e imprevisível, já que fundada na vontade de cada Estado<sup>1308</sup>. Evidentemente, Kant não fulcra a administração do Direito, de modo universal, nos Estados, mas na sociedade civil<sup>1309</sup>, a mesma "sociedade global" do

---

<sup>1306</sup> KANT, Immanuel. **Hacia la Paz Perpetua. Um Esbozo Filosófico**. 2 ed. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.p. 104. Observe-se o quanto sôa anacrônica a fundamentação kantiana, baseada na Providência e na Natureza, que pressupõe uma Filosofia da História linear e evolutiva: "*Ahora viene la cuestión que afecta a lo esencial del propósito de la paz perpetua: lo que la naturaleza hace en este sentido, esto es, de cara al fin que su propia razón le impone al hombre como deber, favoreciendo así su finalidad moral, y cómo garantiza que pueda asumirse como seguro que el hombre hará lo que de acuerdo con las leyes de la libertad debería hacer, y no hace, sin que la coacción de la naturaleza dañe tal libertad. Este es, precisamente de acuerdo con las tres relaciones del derecho público, el derecho político, el derecho de gentes y el derecho cosmopolita. Cuando digo que la naturaleza quiere que ocurra eso o aquello no significa que la naturaleza nos imponga un deber de hacerlo (...) sino que ella misma lo hace, querámoslo nosotros o no (...)*".

<sup>1307</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Lisboa: Guimarães, 1959.p. 340/341. Os parágrafos seguintes revelam toda a superioridade e atualidade do pensamento hegeliano sobre o Direito Internacional, o Estado verdadeiramente soberano e a ausência de uma única teleologia: "Não há pretores mas, quando muito, árbitros ou mediadores entre os Estados e da sua vontade dependem as contingentes arbitragens e mediações. A concepção kantiana de uma paz eterna assegurada por uma liga internacional, que afastaria todos os conflitos e regularia todas as dificuldades como poder reconhecido por cada Estado, assim, impossibilitando a solução que a guerra traz, supõe a adesão dos Estados; teria esta de se assentar em motivos morais subjetivos ou religiosos, que dependeriam sempre da vontade soberana particular e estaria, portanto, sujeita à contingência". Ou ainda: " O bem substancial de um Estado é o seu bem como Estado particular, com seus interesses e sua definida situação e, também, com as outras circunstâncias particulares que estão ligadas às relações contratuais. Por isso, o comportamento do Governo é um comportamento particular e não o da Providência geral". Que visionário !

<sup>1308</sup> LOSANO, Mario G. op. cit. p.148/149.

<sup>1309</sup> KANT, Immanuel. **Idea de una Historia Universal desde un Punto de Vista Cosmopolita**. Buenos Aires: Prometeu, 2008.p. 35. A tese refere-se à quinta proposição: "*El mayor problema de la especie humana, a cuya solución la naturaleza constriñe el hombre, es el establecimiento de una sociedad civil que administre el derecho de modo universal*". Para Kant a História universal possui uma teleologia.

recém-formado "espaço transcional", na impossibilidade de chamá-lo de "sistema jurídico global"<sup>1310</sup>.

A bem da verdade, em poucos breves momentos, pareceu que a pulsão unificadora levaria vantagem sobre a pulsão fragmentadora, podendo vir a permitir, hipoteticamente, que se formasse um todo orgânico, teleologicamente orientado para a paz mundial. Na realidade, em dois momentos muito curtos: entre o final da Segunda Guerra Mundial e o início da Guerra Fria; e entre a Queda do Muro de Berlim e a Guerra do Golfo, com a invasão do Kuwait pelo Iraque, que resultou no famoso discurso de George Bush sobre o que seria realmente a Nova Ordem Mundial.

Uma ideia fixa pode converter-se em "obsessão", destacando Sorel<sup>1311</sup> a existência de uma grande obsessão, quando se fala em ordem jurídica internacional, que é a necessidade de um fim<sup>1312</sup>, "para dar sentido à evolução da sociedade internacional". Afirma Sorel, em posição bastante próxima à da presente tese - já que fala das "*obsessões*" de unidade e de fim -, que "não admitir que o Direito Internacional esteve, está e estará em uma posição desconfortável, em razão de sua estruturação particular, é resumir a sua pesquisa a uma eterna insatisfação".<sup>1313</sup>

Muito interessante, ainda, a observação profunda de Sorel<sup>1314</sup>, quando afirma que, agora que Koskenniemi se insurge contra essa falada obsessão de um fim para o Direito Internacional, a sua escrita cometeria um ato falho, contrário a essa forma de pensar, porque o Direito Internacional estaria sempre entre uma coisa e outra: entre o constitucionalismo e o gerencialismo, a técnica e a política, a utopia e a apologia, a impunidade e o processo espetáculo ou entre o engajamento e o cinismo...

Sorel, evidentemente, está a se referir aos títulos das obras de Koskenniemi, sempre envolvendo dualidades, que representariam tendências opostas para o Direito Internacional, portanto, fins.

Já seria duvidoso se esse hipotético todo orgânico, teleologicamente orientado para a paz perpétua ou paz mundial, seria, em si mesmo, um sistema, do ponto de vista individualista da diferenciação funcional. Porém, como essa organicidade interna e a prevalência da finalidade "paz mundial" não chegaram a se implementar, nem de fato, nem de direito, não há

---

<sup>1310</sup> AUBY, Jean-Berard. op. cit. p. 135.

<sup>1311</sup> SOREL, Jean-Marc. op. cit. p. 39.

<sup>1312</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre a História**. São Paulo: Loyola, 2005.p. 282.

<sup>1313</sup> SOREL, Jean-Marc. op. cit. p. 39.

<sup>1314</sup> Ibid. p. 39.

como afirmar que, em algum momento de sua história, o Direito Internacional tenha chegado a converter-se em um sistema de Direito.

Ponderam Simma e Pulkowski<sup>1315</sup> que não haveria o risco de que os regimes ditos “autônomos” observassem um fechamento completo, por conta do acoplamento estrutural. Se não é essa a hipótese, então, onde estaria o risco apontado – se partem do princípio que o Direito Internacional é, de fato, um sistema ?

Esse tipo de argumentação demanda um aprofundamento maior no segundo conceito relevante, que é o acoplamento estrutural.

Ora, o acoplamento estrutural está associado a dois aspectos essenciais da Teoria dos Sistemas: o fechamento operativo de sistemas autopoieticos e a relação entre esses sistemas e o ambiente<sup>1316</sup>. O fechamento operativo do sistema significa que a sua autopoiese pode ser executada, unicamente, por meio de suas próprias operações. Assim, nem o ambiente pode operar no sistema, nem o sistema no ambiente, com o uso das suas próprias operações.<sup>1317</sup>

Por sua vez, o acoplamento estrutural opõe ao acoplamento operativo - de operações com operações -, o qual, por sua vez, possui duas variantes: a autopoiese ("produção de operações do sistema, por mediação das operações do sistema") e a simultaneidade existente entre sistema e ambiente.<sup>1318</sup>

Quando se afirma que os regimes autônomos não podem, em realidade, ser "autônomos", invocando o acoplamento estrutural, na realidade, se está a negar que há um fechamento, que é o fechamento que interessa para o Direito, aquele que se refere à comunicação, às autodescrições<sup>1319</sup>.

Como o sistema se constitui pela diferenciação, em relação ao ambiente, faz-se necessário distinguir entre as operações que são do sistema e aquelas que não são. Esclarece Luhmann, que o fechamento operativo significa apenas esse atrelamento com seletividade, das operações que sempre fazem parte do sistema, no caso em exame, do sistema jurídico.<sup>1320</sup>

Assim, segundo o ponto de vista de Luhmann, "fechado" não significa "isolado"<sup>1321</sup>. Mas, não da forma como entenderam Simma e Pulkowski<sup>1322</sup>, ao referir-se aos regimes especializados, *data venia*.

<sup>1315</sup> SIMMA, BRUNO; PULKOWSKI, Dirk. op. cit. p.492.

<sup>1316</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. op. cit. p. 589.

<sup>1317</sup> Ibid. p. 589.

<sup>1318</sup> Ibid. p. 590.

<sup>1319</sup> Ibid. p. 52.

<sup>1320</sup> Ibid. p. 55/56.

<sup>1321</sup> Ibid. p. 58.

<sup>1322</sup> SIMMA, BRUNO; PULKOWSKI, Dirk. op. cit. p.492.

A abertura - "a dependência do sistema, em relação ao ambiente" -, com base em matéria ou energia (estrutural), não é incompatível com a tese de fechamento informacional ou semântico (operacional) - que é a "matéria-prima" dos sistemas sociais<sup>1323</sup> (a linguagem), em geral.

Assim, um sistema jurídico pode sofrer influência do ambiente, do ponto de vista causal, o que, aliás, é objeto da presente tese, que se funda no condicionamento do Direito pela Economia, que é outro sistema social.

Mas, essa relação entre ambiente e sistema se dá pela irritação, surpresa ou perturbação do sistema<sup>1324</sup>, pelo estímulo ambiental.

Porém, como já visto, quando do estudo do conceito "diferenciação funcional", é, no mínimo, duvidoso afirmar que o "Direito Internacional" ou o regime autônomo "X" ou "Y" sejam sistemas, segundo a ótica luhmanniana, que foi invocada. Até porque, em se tratando de matéria e linguagem jurídica, o Direito Internacional ou os regimes especializados "X" ou "Y" não se distinguem do sistema "Direito", porque também operam com base na lógica binária "lícito-ilícito".

Se as suas operações não podem ser selecionadas, relativamente ao Direito em geral, nem em relação ao Direito Internacional, não se pode considerar que os regimes, ditos autônomos, sejam "sistemas". Por isso, não faz o menor sentido, do ponto de vista luhmanniano, que se discuta sobre o seu eventual fechamento para o Direito Internacional. Nem mesmo, sobre o eventual fechamento do Direito Internacional, em relação ao Direito, que é o verdadeiro "sistema". A não ser que o Direito Internacional ou cada um dos regimes autônomos deixe de ser Direito, deixando de realizar operações, com base na lógica "lícito-ilícito".

Mas, ainda que os regimes ditos autônomos fossem sistemas e pudessem realizar um fechamento operacional, o acoplamento estrutural não seria a razão pela qual, o direito especializado do regime dito autônomo não se reportaria ao Direito Internacional geral. Do ponto de vista de suas operações, haveria um fechamento, de modo que, o hipotético ambiente "Direito Internacional" não teria como operar em seu interior, nem vice-versa, o regime dito autônomo operar no Direito Internacional. O fechamento da linguagem, das autodescrições

---

<sup>1323</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. op. cit. p. 64.

<sup>1324</sup> Ibid. p. 562.

seria completo. Assim, a alegação de Simma e Pulkowski<sup>1325</sup> não faz o menor sentido, em sua crítica à manifestação de Walter Riphagen<sup>1326</sup>.

Assim, pelo visto, não é por conta de fechamentos operacionais dos alegados regimes "autônomos", que o Direito Internacional teria deixado de ser um sistema. Na realidade, ele jamais o foi, por falta de uma teleologia em comum para as suas partes componentes, bem como, pela inexistência de unicidade. Não há, a rigor, muita diferença entre os "sistemas especializados" de direito interno, de Direito Comunitário e aqueles especializados por razões técnicas, já que, de um modo geral, todos sempre contribuíram para que o Direito Internacional tivessem uma configuração peculiar, que não é sistemática.

Outra pergunta que a tese procura responder, *a latere* da questão principal, é se é admissível algum grau de intencionalidade na fragmentação do Direito Internacional - especificamente, referindo-se à fragmentação contemporânea. Para tanto, será conveniente analisar os vínculos, porventura existentes, entre a internacionalização do capital - que é uma das marcas distintivas do padrão de acumulação flexível - e o fenômeno jurídico, o que é feito a seguir.

### 3.2.4 Capital Internacionalizado e Fragmentação do Direito Internacional: um Casamento de Conveniência

Para compreender a origem do fenômeno da fragmentação do Direito Internacional, no processo de formação de um espaço jurídico transnacional, pode-se questionar acerca de alguma relação de causalidade ou até de alguma intencionalidade no processo, como sugerido por Benvenisti e Downs<sup>1327</sup>. Essa é outra questão que a tese pretende esclarecer, dentre tantas outras.

Para tanto, será preciso rememorar quais são as características da atual paradigma de organização da produção capitalista, para se saber, em que medida, um Direito Internacional fragmentado - do ponto de vista, também, da variedade de órgãos de solução de controvérsias, com superposição de atribuições - melhor lhe atende as necessidades<sup>1328</sup> do que um Direito Internacional mais orgânico - com proeminência das entidades criadas no bojo da Organização das Nações Unidas, principalmente, a Corte Internacional de Justiça -, e voltado para um determinado fim, como a paz mundial, tal como inscrito na Carta da Organização das Nações Unidas.

<sup>1325</sup> SIMMA, BRUNO; PULKOWSKI, Dirk. op. cit. p.492.

<sup>1326</sup> Ibid. p.493.

<sup>1327</sup> BENVENISTI, Eyal ; DOWNS, George W. **The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law**. op. cit. p. 12/13.

<sup>1328</sup> ROBINSON, William I. **Théorie Sociale et Mondialisation: L'Avènement de l'État Transnational**. Paris: Revue Periode, 15/06/2015.p. 6.



A questão faz sentido, se considerado o aspecto multinível e multicentrado das instituições transnacionais, que exibem diferentes graus e características de estatalidade, com histórias e trajetórias das mais diversas, relacionadas em conjuntos distintos de estruturas e regiões, formais ou informais, que incluem o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio, foruns políticos internacionais e estruturas jurídicas, administrativas e reguladoras, cada qual, com o seu mecanismo de solução de controvérsias, produzindo normas jurídicas e contando com o seu próprio quadro de funcionários transnacionais - algo que se convencionou chamar de Estado transnacional<sup>1329</sup>.

Esse aparato de "Estado transnacional", segundo Robinson, na realidade, não corresponde ao padrão de Estado, no sentido weberiano<sup>1330</sup>, por que não constitui uma instituição ancorada a um território, com o seu aparelho e os seus quadros, de forma reificada<sup>1331</sup>. Para os fins da presente tese, o termo "Estado transnacional" é apenas mencionado, mas não adotado como conceito válido, porque se entende que o conceito de "transnacionalidade" do padrão de acumulação flexível pressupõe a superação e a obsolescência do próprio Estado, seja qual for a sua aparência.

Diante do quadro exposto, fala-se em uma "interconexão crescente entre as coisas que acontecem no mundo", tal qual, um sinônimo do processo globalizatório<sup>1332</sup>. Tal interconexão abrange os sistemas jurídicos, econômicos e sociais, como lembra Auby<sup>1333</sup>.

Segundo Auby, essa globalização é bem percebida, quando identificados os sujeitos diretamente envolvidos e os três processos que a caracterizam<sup>1334</sup>. Os "atores específicos da globalização" são instituições regionais e internacionais, que promovem ou regulam aberturas econômicas, sociais, ideológicas; também são os operadores econômicos ou culturais mundiais, dentre as quais, as empresas transnacionais; são as numerosas organizações não-governamentais, protetoras do meio-ambiente ou dos direitos humanos; todos eles influenciando na vida econômica e social, mas também, no comportamento dos assuntos públicos, pelo mundo<sup>1335</sup>.

Por outro lado, há três processos fundamentais, na globalização: a desterritorialização, que se constitui em uma verdadeira recomposição de territórios, sob o aspecto de uma mera

<sup>1329</sup> Ibid. p. 6/7.

<sup>1330</sup> WEBER, Max. op. cit. p. 56.

<sup>1331</sup> ROBINSON, William I. op. cit. p. 5.

<sup>1332</sup> GOLDMAN, David. Historical Aspects of Globalization and Law. DAUVERGNE, Catherine (Org.). **Jurisprudence for an Interconnected Globe**. Farnham: Ashgate Publishing, 2003. p. 43.

<sup>1333</sup> AUBY, Jean-Bernard. op. cit. p. 17/18.

<sup>1334</sup> Ibid. p. 23/24.

<sup>1335</sup> Ibid. p. 23/24.

desespacialização<sup>1336</sup>; a desestatização das sociedades e do mundo; e o crescimento de realidades e mecanismos transnacionais<sup>1337</sup>. Todos esses mecanismos são, exatamente, características do padrão de acumulação flexível, como já visto.

Ora, o padrão de acumulação flexível é uma forma generalizada de produzir<sup>1338</sup>, que impacta nas questões operacionais ou gerenciais das empresas, mas também nas relações daquelas com os Estados e com os trabalhadores, condicionando a economia, a sociedade e a política como um todo<sup>1339</sup>. Já, de início, verifica-se que se tem um Direito Internacional diferente, no qual, os seus sujeitos preferenciais, os Estados nacionais, estão mais fracos politicamente, do que na época do capitalismo fordista, ocasião em que as mudanças econômicas foram feitas através do aparelho do Estado nacional. O caminho para isso, no Direito Internacional, foi a retirada do Princípio da Soberania do topo dos princípios diretores desse ramo jurídico<sup>1340</sup> - com a sua substituição pela proteção dos direitos humanos, como se vê da Carta das Nações Unidas -, ao mesmo tempo em que outros atores foram empoderados<sup>1341</sup>, o que afetou, no entender de Weil, a identidade do Direito Internacional.

Há, portanto, um paralelismo entre o que observa Auby<sup>1342</sup>, no tocante aos "atores específicos da globalização" e os seus processos, relativamente ao que diversas correntes observam nas mudanças do Direito Internacional. Os novos atores, sujeitos de direitos e deveres no Direito Internacional, são os entes não-estatais ou transnacionais<sup>1343</sup> chamados de "atores específicos da globalização" e os novos temas tratados em convenções e tratados internacionais são aqueles que a eles interessam tratar - Direito Internacional Econômico, Direito Internacional do Desenvolvimento, Direito dos Contratos do Estado, como exemplifica Weil<sup>1344</sup> -, o que tem sido responsável por "substituir a visão de um Direito

---

<sup>1336</sup> Ibid. p. 24.

<sup>1337</sup> Ibid. p. 24.

<sup>1338</sup> HARVEY, David. **O Novo Imperialismo**. op. cit. p. 143/144.

<sup>1339</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 383.

<sup>1340</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. **The Fundamental Principles of International Law. Recueil des Cours**. op. cit. p. 214.

<sup>1341</sup> WEIL, Prosper. **Le Droit International en Quête de son Identité. Cours Général de Droit International Public**. op. cit. p. 100.

<sup>1342</sup> AUBY, Jean-Bernard. op. cit. p. 23/24.

<sup>1343</sup> SCHILL, Stephan W. **W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law**. In [www.globallawbooks.org](http://www.globallawbooks.org). Acesso em 19/10/2016.17:27.p.5. O autor faz referência ao fato do Direito Internacional dos Investimentos - um tema novo de Direito Internacional - ter abandonado a tradicional forma interestatal para se tornar "*investidor-Estado*".

<sup>1344</sup> WEIL, Prosper. **Le Droit International en Quête de son Identité. Cours Général de Droit International Public**. op. cit. p. 90/100.

Internacional único e unitário pela imagem de uma constituição de disciplinas"<sup>1345</sup>. Ao menos, não se pode afirmar que o Direito Internacional não acompanhe o dado sociológico.

Além disso, o padrão de acumulação flexível exige que a empresa seja mais ágil, no sentido de que se mostre mais propensa a mudanças, com menores custos, maior capacidade de absorção das inovações tecnológicas e mercadológicas<sup>1346</sup>. Para tanto, foi necessário instituir um regime de livre circulação de pessoas, mercadorias, tecnologia, capital, o que se refletiu na formação de blocos regionais<sup>1347</sup>; aumento impressionante do número de tratados internacionais de comércio e investimentos – sejam bilaterais, sejam multilaterais -<sup>1348</sup>; substituição do antigo GATT pela Organização Mundial do Comércio<sup>1349</sup>; o surgimento de novos marcos regulatórios internacionais em campos como o financeiro<sup>1350</sup>, de investimentos<sup>1351</sup>, comércio internacional<sup>1352</sup> e outros; a ampliação das estruturas institucionais internacionais<sup>1353</sup>, seja normativas, seja administrativa, seja de solução de controvérsias, que levam o nome de "governança internacional"<sup>1354</sup> e o problema de seu controle<sup>1355</sup>; além da própria revolução tecnológica<sup>1356</sup>, que é causa, mas é também consequência de toda essa mudança.

<sup>1345</sup> Ibid. p.90.

<sup>1346</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 383.

<sup>1347</sup> AUBY, Jean-Bernard. op. cit. p. 30/31.

<sup>1348</sup> SCHILL, Stephan W. **W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law**. op. cit. p. 2. O doutrinador menciona que, desde 1959, quando surgiu o primeiro tratado bilateral de investimentos, entre Paquistão e Alemanha, esse número cresceu para 3000, à época em que o texto foi escrito, um espaço de pouco mais de quarenta anos.

<sup>1349</sup> SIRÖEN, Jean-Marc. **L'OMC et la Mondialisation des Economies**. In <http://www.dauphine.fr/siroen/TexteCGC.pdf>. Acesso em 19/10/2016. 17:40 h. p. 5. Afirma o autor que, pelo fato do Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT haver sido concebido como algo transitório, no quadro geral da Carta de Havana, ele teve de assumir, em termos práticos, as funções de uma organização internacional, sem ter as competências, os instrumentos e os meios financeiros. Além desses limites institucionais, se somam os limites da própria evolução geral da economia mundial, o que fez com que o GATT não pudesse afirmar-se suficientemente, para impedir as partes contratantes de encorajar certos desvios de seus princípios. Evidentemente, com a criação da OMC, houve um ganho institucional, que favoreceu os desdobramentos subsequentes, em termos de globalização.

<sup>1350</sup> AUBY, Jean-Bernard. op. cit. p. 54/55.

<sup>1351</sup> SCHILL, Stephan W. **W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law**. op. cit. p. 5/7.

<sup>1352</sup> AUBY, Jean-Bernard. op. cit. p. 75/80.

<sup>1353</sup> BUZAN, Barry. **From International to World Society ?** Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 161/204. O autor destaca a importância, especificamente, para a Escola Inglesa de tal institucionalização.

<sup>1354</sup> AUBY, Jean-Bernard. op. cit. p.92/96.

<sup>1355</sup> COGAN, Jacob Katz. **National Courts, Domestic Democracy and the Evolution of International Law: A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs**. Fiesole: International Journal of International Law, vol. 20, n. 4, 2010. p. 1019/1020.

<sup>1356</sup> COLOMBO, Umberto. **The Technology Revolution and the Restructuring of the Global Economy**. MUROYAMA, Janet H.; GUYFORD, H. (Org.). Washington: National Academy Press, 1988.p. 23/31.

Tudo isso contribuiu para formar um todo produtivo competitivo e global<sup>1357</sup>, do qual, participam todas as regiões, com raríssimas exceções, ainda que o comércio entre países desenvolvidos e entre as grandes empresas transnacionais corresponda à maior parte desse volume, tanto real, quanto financeiro<sup>1358</sup>.

O padrão de acumulação flexível baseia-se em novos elementos organizacionais<sup>1359</sup> como a terceirização da produção, a assembleagem de peças, a maior especialização, a desmontagem das grandes plantas industriais e a eliminação dos custos administrativos, a informatização e a robótica. Porém, do ponto de vista do ambiente jurídico internacional, só é possível que esses movimentos ocorram, caso exista uma segurança para os investimentos e as inversões, que somente os tribunais nacionais não teriam como garantir, o que levou ao crescimento impressionante da arbitragem internacional<sup>1360</sup> e das tentativas de codificação ou harmonização de legislação<sup>1361</sup>, além da massificação das boas práticas e outros tipos de normas “*soft law*”<sup>1362</sup>, sem prejuízo da desregulamentação por normas positivas estatais e na auto-regulação, em diversos setores, o que implicou o renascimento da *lex mercatoria* - uma lei advinda e existente no interior do próprio comércio internacional, atualmente, reconhecida por uma série de tratados internacionais e decisões de cortes nacionais, como narra Michaels<sup>1363</sup>.

Todos esses fenômenos ocorrendo ao mesmo tempo, em especial, a partir do início da década de oitenta, produziu profundas alterações no Direito e, em especial, no Direito Internacional, a ponto de se dizer que a sua própria natureza teria sido alterada<sup>1364</sup>.

<sup>1357</sup> SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização. Do Pensamento Único à Consciência Universal**. Rio de Janeiro: Record, 2005.p. 84.

<sup>1358</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **Participation of Developing Countries in World Trade: Overview of Major Trends and Underlying Factors**. In [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/devel\\_e/w15.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/w15.htm). Acesso em 19/10/2016.18:47 h. p. 1/25.

<sup>1359</sup> KAZI, T.B. **Effects of Globalization on Work and Organizations: Exploring Post-Industrialism, Post-Fordism, Work and Management in the Global Era**. Boston: Inquiries Journal, vol. 3, n. 12. p. 1/7.

<sup>1360</sup> SCHILL, Stephan W. **W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law**. op. cit.p. 5/7. Na área de investimentos, o aparato de solução de controvérsias investidor-Estado, criado em 1987, já contava, à época do artigo, com mais de 400 julgados.

<sup>1361</sup> AUBY, Jean-Bernard. op. cit. p. 129/133.

<sup>1362</sup> WEIL, Prosper. **Le Droit International en Quête de son Identité. Cours Général de Droit International Public**. op. cit.p. 215/218.

<sup>1363</sup> MICHAELS, Ralf. **The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism**. In [www.scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2016&content=faculty\\_scholarship](http://www.scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2016&content=faculty_scholarship). Acesso em 19/10/2016. 13:21 h. p. 1218/1220.

<sup>1364</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Théorie du Droit International Public. Cours Général**. op. cit. p. 43. O visionário doutrinador falada mudança de natureza do Direito Internacional, quando se deixa de considerar "comunidade internacional" como a mera "comunidade de Estados", antecipando os temas "Direito Transnacional" e "Direito Mundial".

Ora, para os atores mais beneficiados por essa mudança, em especial, o capital financeiro, as grandes corporações transnacionais e os Estados que ainda conseguem impor os seus poderes soberanos aos demais, o Direito Internacional e suas mudanças – nada impede que ele seja chamado agora de Direito Transnacional<sup>1365</sup><sup>1366</sup>, englobando normas de direito interno, tratados e convenções internacionais, *lex mercatoria*, “*soft law*”, normas não-estatais em geral<sup>1367</sup> – converte-se, a um só tempo, em um aparato regulatório (ou “desregulatório”) que viabiliza todo esse câmbio e o justifica *a posteriori*, mas também um potencial obstáculo, em determinadas situações.

Uma ordem internacional que se pretende “unificada” sob a égide dos direitos humanos e da proteção ao meio-ambiente – temas que ocupavam pouquíssimo ou nenhum espaço nos tratados e convenções do Direito Internacional tradicional – pode gerar tratados e convenções ou decisões de órgãos judiciariformes, que desagradem Estados nacionais, cujos militares cometam crimes de guerra em invasões de países estrangeiros, com finalidades pretensamente humanitárias ou de prevenção de guerras ou ataques terroristas. Mas, também, empresas transnacionais que não queiram ter mais custos com mecanismos de controle de poluição ou queiram produzir ou transportar itens radioativos.

Interessante, nesse sentido, notar a ambivalência da potência hegemônica, com relação a ambos os temas. Assim, Murphy<sup>1368</sup> assinala que os Estados Unidos, depois de uns poucos anos de bom relacionamento com a Corte Internacional de Justiça busca evitar a ela acorrer, para que ela não se pronuncie sobre a legalidade de seus atos.

Nesse mesmo sentido, observe-se que os Estados Unidos foram uns dos principais inspiradores do Tribunal Penal Internacional, mas não quer autorizar que militares seus sejam extraditados para julgamento<sup>1369</sup>. Como justificar, além disso, a existência legal de um campo de concentração como Guantánamo ou da justificativa do tratamento excepcional dado aos

---

<sup>1365</sup> Ibid. p. 43.

<sup>1366</sup> JESSUP, Philip. **Transnational Law**. New Haven : Yale University Press, 1956. p. 1/113. O internacionalista inicia o seu raciocínio acerca do Direito Transnacional, sobre o qual, foi o primeiro a falar, no século XX, com base na "universalidade dos problemas humanos".

<sup>1367</sup> HAMMAN, Andrea; FABRI, Hélène Ruiz. Réseaux Transnationaux et Constitutionnalisme. FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel. **Repenser le Constitutionnalisme à l'Âge de la Mondialisation et de la Privatisation**. Paris: Société de Législation Comparée, 2011.p. 178. As autoras esclarecem que o termo "Direito Transnacional", nos anos 50 incluía o Direito Internacional Público, o Direito Internacional Privado e o direito interno com alcance internacional. Atualmente, porém, o sentido do termo inclui as normas de origem privada, que aplicam poderes privados, geralmente econômicos, em suas próprias relações, como sinônimo de *lex mercatoria*.

<sup>1368</sup> MURPHY, Sean D. **The United States and the International Court of Justice: Coping with Antinomies**. Washington: (?), 08/02/2007.p. 1/66.

<sup>1369</sup> D'AVILA, Filipe Lobo. **Uma Justiça Penal Internacional sem os Estados Unidos da América**. Lisboa: Nação & Defesa, primavera/2006, n. 113, serie 3.p. 48. O autor fala em "posição ambígua".

detidos não-americanos, através de um "novo paradigma jurídico"<sup>1370</sup>, em um país, que se pretende modelo de democracia para o mundo?

No campo ambiental, a Convenção de Montego Bay foi bastante estimulada pela diplomacia da potência hegemônica, por conta de interesses específicos, mas, uma vez concluída a convenção, opina-se no sentido da retirada dos Estados Unidos do dito acordo internacional, por conta dos custos que podem decorrer das ações movidas no âmbito de seu mecanismo de solução de controvérsias, contra empresas poluidoras, por exemplo<sup>1371</sup>.

Assim, esse novo Direito Internacional teria de oferecer opções, para se distribuir o risco de decisões judiciariformes contrárias, o que importou em uma corrida para a constituição de novos órgãos judiciariformes, em vários campos do conhecimento jurídico. Um exemplo claro é dado por Benvenuti e Downs<sup>1372</sup>, na esfera do comércio internacional, com o subsequente esvaziamento dos "panels" e do tribunal de segundo grau, da Organização Mundial do Comércio.

Assim, o fenômeno observado por Tiba<sup>1373</sup>, relativamente à Corte Internacional de Justiça – que diz respeito a certas limitações da corte, mas também, de um certo descontentamento com as suas posições mais conservadoras e parciais -, estende-se às demais instâncias judiciariformes, o que faz com que o aumento da importância do Direito Internacional e o seu crescimento, que importou em diferenciação funcional, tal como, ocorre nos embriões, não fosse a causa única do surgimento de tantos órgãos judiciariformes e mecanismos de solução e controvérsias distintos.

A evidência da opção por Estados (assim como as suas empresas estatais) e empresas transnacionais pelos tribunais arbitrais, preferencialmente os *ad hoc* – que não geram precedentes<sup>1374</sup> e, em regra, sequer publicam decisões, que são tomadas mediante compromisso de confidencialidade -, em detrimento dos tribunais internacionais permanentes ou das cortes nacionais tem a ver com essa realidade trazida pelo padrão de acumulação flexível, que exige rapidez na solução das pendengas, para eliminar a insegurança jurídica, mesmo que, a custo de prejuízos financeiros imediatos.

<sup>1370</sup> FLEURS, Johns. **Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception**. Fiesole: The European Journal of International Law, vol. 16, n.4, 2005. p 612/635.

<sup>1371</sup> GROVES, Steven. op. cit. p. 1/25.

<sup>1372</sup> BENVINISTI, Eyal; DOWNS, George. **The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law**. op. cit. p. 19/29.

<sup>1373</sup> TIBA, Firew Kebede. op. cit. p. 208/214.

<sup>1374</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?The 2006 Freshfields Lecture**. Oxford: Arbitration International, vol. 23, n. 3, 2007. p. 357/378.

A insegurança jurídica é inimiga do fluxo de capitais, seja na forma de investimentos ou inversões, havendo sempre a demanda por um marco regulatório claro e tão geral quanto possível – movimento que também justifica as tentativas internacionais de padronização.

Mais ainda, uma realidade tão fluida, que exige permanente e rápida adaptação, não se coaduna com a lentidão das cortes nacionais e internacionais tradicionais, nem mesmo com um Direito estatal formal, algo que além de estimular as arbitragens *ad hoc*, também fez com que a equidade, as normas não-estatais, as normas padronizadas internacionais, a “*soft law*” de alguns organismos internacionais e a *lex mercatoria* fossem mais valorizadas e utilizadas nesses julgamentos.

A fragmentação do Direito Internacional, portanto, além da própria transnacionalização do Direito, em conjunto com os chamados “diálogo de juízes”<sup>1375</sup> e “diálogo de fontes”<sup>1376</sup>, casam-se convenientemente com os rumos da mudança ambiental (de natureza econômica), havendo mais do que uma mera correlação de eventos, mas, certamente, uma relação causal entre a mudança no ambiente e a perturbação do sistema “Direito”. Ele se rearranjou, reorganizou, em função (em sentido matemático mesmo) da alteração ambiental.

Ainda que se admita que o sistema “Direito”, no novo formato transnacional ou quase-transnacional, em sua relação com o ambiente, possa realimentar tais mudanças, o impacto do ambiente no sistema “Direito” e muito mais relevante que o “*feedback*” jurídico ao ambiente econômico. A relação entre Direito e Economia, ou o acoplamento estrutural entre esses dois sistemas, é admissível, em se tratando ambos de sistemas sociais, cujas operações e fechamento se dão apenas no nível comunicativo, nas suas auto-descrições.

Já que se fala em sistemas e suas relações, uma das principais alegações dos que temem o processo de fragmentação do Direito Internacional é a de que a contínua especialização pode fazer com que esse ramo jurídico perca a sua coerência interna, pelo fechamento dos supostos sub-sistemas em seu interior, como se verá.

### 3.2.5 Da Insegurança Jurídica Resultante do Conflito entre os Supostos Sub-sistemas de Direito Internacional

Como já se viu anteriormente, muito embora evidenciada a ausência de organicidade e de uma teleologia na alegada ordem internacional, desde sempre aliás, afirma-se que o conflito entre os supostos “sub-sistemas” de Direito Internacional traria um risco sistêmico.

<sup>1375</sup> OST, François. **Vers un Droit Universel, la Fin d’un Vieux Rêve ?** In <http://www.dhdi.free.fr/recherche/theoriedroit/articles/ostdroituniversel.pdf>. Acesso em 20/10/2016.19:03 h. p. 17/20.

<sup>1376</sup> JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration: le Droit International Privé Postmoderne. Recueil des Cours**, v.251, 1995. Leiden: Nijhoff, p.60.

Na realidade, como o Direito Internacional jamais se revestiu da natureza de um verdadeiro sistema, nem do ponto de vista organicista – já que não há hierarquia, não há um centro, não existe um mecanismo de “*enforcement*” eficaz, dentre outros argumentos -, nem sob a ótica individualista – porque o processo de diferenciação funcional do sistema “Direito” não se daria sob a forma de ramos, no seu interior, muito embora Luhmann afirme não saber como se dá, em realidade -, não se pode afirmar que haveria o risco da quebra do caráter sistemático do Direito Internacional.

Mas, é inegável que a fragmentação do Direito Internacional, com a concorrência entre os diferentes regimes de tratados e convenções internacionais, especialmente, sob o aspecto institucional – muito mais do que sob o aspecto puramente normativo -, produz insegurança jurídica e que ela é prejudicial à credibilidade das instituições internacionais e ao próprio Direito Internacional.

Essa insegurança jurídica decorre do fato dos diferentes órgãos judiciariformes, dos diferentes regimes de tratados e convenções internacionais, apresentarem concomitância de atribuições, bem como, tendo em vista o risco de, em razão da competição entre eles, prolatarem-se decisões sobre uma mesma questão de Direito Internacional, com resultados diferentes ou, pior ainda, não se prolatar qualquer decisão sobre o mérito, como se deu com as questões alegadas pela Irlanda, no Caso MOX, apesar se todos os custos, o que só contribuiu para o descrédito do Direito Internacional.

Ora, o Direito Internacional do século XX estruturou-se e evoluiu para evitar o *non liquet*<sup>1377</sup> - já em 1933, Castberg afirmava que o juiz internacional, na falta de normas de direito positivo, deveria utilizar-se das normas *ad hoc*, "criando, ele próprio o seu caminho jurídico", ao invés de declarar *non liquet*. Esse foi um fator que permitiu ao Direito Internacional afirmar-se ramo jurídico existente e autônomo. O risco de superposição de atribuições e de decisões contraditórias nunca foi uma preocupação, nesses primórdios, algo que somente começou a tornar-se concreto, muito recentemente, com a formação de blocos regionais e a regulação de novos temas, já no bojo das transformações do padrão de acumulação.

Assim, a preocupação manifestada por internacionalistas como Dupuy<sup>1378</sup><sup>1379</sup><sup>1380</sup> ou Abi-Saab<sup>1381</sup> faz sentido, ainda que se reconheça que as suas motivações possam ter um

<sup>1377</sup> CASTBERG, Frede. *La Méthodologie du Droit International Public*, vol. 43. Leiden: Nijhoff, 1933 . p. 342.

<sup>1378</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *L'Unité de L'Ordre Juridique International. Cours Général de Droit International Public*. op. cit. p. 399/479.



fundamento político de supremacia da Corte Internacional de Justiça, seja como uma espécie de segunda instância internacional – correspondendo, então, a uma emanção do poder soberano de dizer o Direito em última instância, o que, por sua vez, pressuporia a constituição de um ente supranacional, que poria fim ao próprio Direito Internacional, tornando-se ele um mero direito interno, como era o projeto constitucionalista, que será estudado no capítulo terceiro -, seja como o intérprete privilegiado do Direito Internacional geral, a ser consultado pelos demais órgãos judicioriformes.

Como já se verificou no capítulo primeiro, as soluções puramente técnicas, de natureza processual, não são suficientes para eliminar essa insegurança jurídica, sendo necessárias medidas de caráter político, o que, em um cenário descentralizado e assistemático, como o do Direito Internacional, não garante a sua eliminação.

Na realidade, a insegurança jurídica, decorrente do conflito entre os diferentes mecanismos de solução de controvérsia, dos diferentes regimes de tratados e convenções internacionais, apenas reflete a fragmentação inerente ao Direito Internacional – existindo breves períodos em que a pulsão unificadora ganha força, em relação à pulsão fragmentadora -, sendo também útil aos seus atores mais poderosos, que buscam essa insegurança jurídica, na sua prática de “*forum shopping*” e decisões arbitrais não-públicas e que não geram precedentes, solucionando, apenas, as pendengas especificamente trazidas, sem se preocupar com situações futuras semelhantes.

Economicamente, esse tipo de insegurança jurídica, na esfera internacional, para tais atores, funciona como uma espécie de “*hedge*” jurídico, uma proteção aos seus próprios interesses individuais. Porém, ainda que não se possa falar em “quebra de sistema”, onde sistema jamais houve, é inegável o prejuízo à sociedade internacional, trazido pela insegurança jurídica, decorrente do processo de fragmentação do Direito Internacional, ainda que, beneficiando alguns.

A referida insegurança, decorrente da ausência de uma ordem jurídica internacional, é destacada por Delmas-Marty, em conferência realizada em 2011, na qual refere-se à emergência dessa “nova ordem global”, na qual, o mercado financeiro global constitui-se em um “não-sistema”, de modo que a supervisão bancária, de seguros ou de mercados financeiros; o Direito Tributário; o Direito Penal, o Direito Comercial ou o Direito Falimentar

---

<sup>1379</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation du Droit International ou des Perceptions Qu’on en a ?** op. cit. p. 7/9.

<sup>1380</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Unité d’Application du Droit International à L’Echelle Globale et Responsabilité des Juges.** op. cit. p. 1/27.

<sup>1381</sup> ABI-SAAB, Georges. **Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks.** op. cit. p. 919/933.

mostram-se incapazes de domesticar os fluxos financeiros, que circulam através das fronteiras nacionais, cada vez mais rápido; da mesma forma, no que toca ao comércio internacional, após dez anos, a Rodada de Doha encontra um impasse e aposta-se as fichas em tratados bilaterais ou regionais<sup>1382</sup>.

Por conta desse quadro anômico, na esfera internacional, Delmas-Marty diz que a "ordem jurídica mundial" não existe, porque ela resta ligada ao Estado e só existe ordem jurídica nacional e internacional - no sentido de "interestatal" -<sup>1383</sup>, acrescentaria, quando muito.

Alega Delmas-Marty que a ordem jurídica anterior está enfraquecida e que a nova ordem mundial emerge com dificuldade e suas formas - termo que já remete à "*Gestalt*" - ainda não são perceptíveis<sup>1384</sup>. Esse Direito da Nova Ordem Mundial, seria um estado de "*pan-nomia*", com normas surgidas de todas as partes, proclamadas por legisladores improvisados, públicos ou privados, fazendo-se menção a Frydman<sup>1385</sup>. Sobre a privatização das fontes do Direito Internacional, o que compreende as noções de "*nova lex mercatoria*", Direito Global ou Direito Transnacional, haverá comentários subsequentes.

O Direito Mundial, por sua vez, em não sendo instituído e garantido por uma autoridade soberana, nem por uma conjunção delas, também se apresenta, "*et pour cause*", dissociado de um conjunto ordenado e completo de regras coerentes.<sup>1386</sup>

O quadro descrito por Delmas-Marty como patológico - fazendo clara referência à "doença das normas do Direito Internacional", referida por Weil<sup>1387</sup> - inclui também a proliferação normativa (vertical, no nível nacional, regional e mundial; horizontal, dos regimes de tratados especializados), que conduz à fragmentação do Direito Internacional; e à diluição de responsabilidades, com a diversificação dos atores e a instabilidade das normas no tempo, que causam uma desformalização na ordem jurídica.<sup>1388</sup>

Este último ponto do raciocínio de Delmas-Marty é que se relaciona com a questão da insegurança jurídica, causada por esse fenômeno da fragmentação do Direito Internacional. Diz ela que a instabilidade é reforçada pela inflação legislativa, a "corrida às

<sup>1382</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **L'Emergence d'un Ordre Juridique Mondial ?** In [http://asmp.fr/travaux/communications/2011\\_12\\_19\\_delmas.htm](http://asmp.fr/travaux/communications/2011_12_19_delmas.htm). Acesso em 20/10/2016. 12:01 h. p. 1.

<sup>1383</sup> Ibid. p. 1.

<sup>1384</sup> Ibid. p. 1.

<sup>1385</sup> FRYDMAN, Benoît. Comment Penser le Droit Global ? FRYDMAN, Benoit (Org.). **La Science du Droit dans la Globalisation**. Bruxelas: Bruylant, 2012. p. 18.

<sup>1386</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **L'Emergence d'un Ordre Juridique Mondial ?** op. cit. p. 2.

<sup>1387</sup> WEIL, Prosper. **Towards a Relative Normativity in International Law?** Washington: American Journal of International Law, vol. 77, 1983. p. 1.

<sup>1388</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **L'Emergence d'un Ordre Juridique Mondial ?** op. cit. p. 2.

normas".<sup>1389</sup> Sugere ela que a instabilidade seja atacada com antecipação, seja pela aplicação do Princípio da Precaução - exatamente, o que tentou fazer a Irlanda, no Caso MOX, não tendo o aparato judiciário internacional sequer chegado ao mérito da questão - e defesa preventiva, no caso do Direito Humanitário.<sup>1390</sup>

Por fim, o raciocínio de Delmas -Marty encaminha as suas três linhas-mestras para fazer frente aos desafios dessa ordem mundial, que hoje inexistem: humanização recíproca - construção de uma comunidade global de valores, sem renunciar à diversidade -; governança - governar o mundo, sem governo mundial -; e pluralismo ordenado - ordenar, sem uma ordem preexistente.<sup>1391</sup>

Aparentemente, as soluções para as sequelas funestas da fragmentação, conforme o pensamento de Delmas-Marty, são tão contraditórias, que, muito provavelmente, a fragmentação do Direito Internacional e a insegurança jurídica resultante ainda sejam menos complexas e danosas. Sobre a questão dos valores, o assunto será melhor tratado adiante, com um enfoque bastante diferente. A governança mundial é mais um dos itens tratados sob o espectro da privatização da esfera jurídica internacional.

Em termos bastante mais práticos e diretos, no que toca à insegurança jurídica causada pela fragmentação do Direito Internacional, Ramanujan<sup>1392</sup> menciona alguns cenários, onde normas "desconectadas" podem gerar contradição, em uma dada situação factual.

Em um primeiro cenário<sup>1393</sup>, há um conflito entre o dever de proteger o meio-ambiente e as determinações de um tratado bilateral de investimentos, de 2005, que dá direito à exploração de uma mina de carvão a um particular, sabendo o poder público concedente do possível risco ao meio-ambiente, como resultado da exploração mineral. Por um lado, há uma previsão convencional, no sentido de que não haverá expropriação, nacionalização ou outras medidas, que afetem os investimentos. Porém, ambas as partes são também signatárias da Convenção sobre Diversidade Biológica, desde 1992, a qual, prevê a responsabilidade dos Estados de prevenção de danos ambientais.

No segundo cenário<sup>1394</sup>, existe a oposição entre o dever de reduzir gases do efeito estufa e o dever de proteger a biodiversidade. Nesse caso, os dois Estados são parte do Protocolo de Kioto e da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática.

---

<sup>1389</sup> Ibid. p.6.

<sup>1390</sup> Ibid. p.6.

<sup>1391</sup> Ibid. p.6.

<sup>1392</sup> RAMANUJAN, Adarsh. **Conflicts over Conflict: Preventing Fragmentation of International Law**. Jodhpur: Trade, Law and Development, vol. 1, n. 1, 2009.p. 2/3.

<sup>1393</sup> Ibid. p. 2/3.

<sup>1394</sup> Ibid. p. 3.

Para reduzir a produção dos gases em questão, é construído um parque eólico, porém, ele é instalado em um local, por onde determinados pássaros migram, o que poderá resultar em morte de pássaros e destruir o seu *habitat*.

Por fim, o terceiro cenário<sup>1395</sup> opõe a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Fauna Selvagem e Flora, relativamente ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio, do Sistema OMC. Ambos os Estados situam-se no Vale do Nilo e, uma vez que o crocodilo do Nilo foi declarado espécie ameaçada, um dos Estados proibiu a importação de qualquer bem, feito a partir de pele desse animal, em seu território. Porém a Organização Mundial do Comércio possui norma que impede a proibição ou a restrição de exportações de países signatários.

Evidentemente, esses conflitos normativos, causados pela proliferação de tratados e convenções internacionais, irá se refletir, também, nos mecanismos de solução de controvérsias de cada um deles, cada qual, imbuído dos valores primordiais e fins específicos, de cada regime especializado.

Esse tipo de conflito normativo, como assinala Ramanujan<sup>1396</sup> cria, ainda, o "conflito sobre o conflito", para se saber qual princípio interpretativo (especialidade, norma mais recente,...) irá prevalecer, para se saber a norma que irá predominar.

Destaca-se, porém, que um terceiro tipo de conflito ainda irá surgir, como no Caso MOX, que é o de saber quem irá decidir o conflito sobre o conflito, o "*kompetenz-kompetenz*", que já deixa de ser puramente jurídico, ingressando no campo político.

Dessa forma, situações sensíveis como a dos conflitos acima exemplificados, envolvendo a tutela do meio-ambiente, por exemplo, podem ficar sem qualquer solução pelo Direito Internacional, tal como, as questões de fundo do Caso MOX.

A situação é muito mais grave, quando também envolvem julgamentos, que são feitos por tribunais arbitrais, os quais não se vergam, obrigatoriamente, a precedentes<sup>1397</sup>, de modo que, como lembra Aymone<sup>1398</sup>, cada tribunal, na esfera internacional, acaba atuando como se fosse um sistema autônomo, fazendo referência expressa a Gallagher<sup>1399</sup>.

---

<sup>1395</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1396</sup> Ibid. p. 3/11.

<sup>1397</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. op. cit. p. 357/378.

<sup>1398</sup> AYMONE, Priscila Knoll. op. cit. p. 13.

<sup>1399</sup> GALLAGHER, Norah. Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens. MISTELIS, Loukas; LEW, Julian D.M. (Orgs.). **Pervasive Problems in International Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 2006. p. 329/356. Apud AYMONE, Priscila Knoll. **A Problemática dos Procedimentos Paralelos: O Princípio da Litispêndência e da Coisa Julgada em Arbitragem Internacional**. São Paulo: Faculdade de Direito da USP (tese de doutorado), 2011.p. 13.

Nesse sentido, Aymone<sup>1400</sup> fornece dois exemplos, bastante úteis, para se compreender o problema da insegurança jurídica, gerada pela fragmentação do Direito Internacional, especificamente ligado às arbitragens internacionais e à litispendência. No primeiro, o Caso Fomento, alegava-se litispendência entre um tribunal arbitral e uma corte nacional. No segundo, o Caso República Tcheca, existiam dois procedimentos arbitrais paralelos, que chegaram a gerar duas decisões contraditórias, em relação às mesmas partes e mesmos fatos, com fundamentação jurídica baseada no mesmo tratado bilateral de investimentos.

O Caso Fomento, segundo narra Scherer<sup>1401</sup>, envolveu um julgamento da Suprema Corte Suíça, que determinou a suspensão da arbitragem que corria naquele país, por conta da existência de um processo, envolvendo uma empresa espanhola e outra, panamenha, movido no Panamá, apesar do contrato prever a solução de eventuais conflitos, através de arbitragem, em Genebra. A corte suíça entendeu pela aplicação do artigo 9 do Ato de Direito Internacional Privado (PIL Act) às arbitragens, evitando o risco de decisões contraditórias.

Porém, no caso que envolvia duas arbitragens idênticas, o República Tcheca<sup>1402</sup>, o tribunal arbitral da UNCITRAL, sediado na Suécia, rejeitou a alegação de coisa julgada - ainda que, não por unanimidade -, tendo decidido de forma diversa o mesmo caso. Tratava-se de uma disputa, entre uma empresa de comunicação holandesa e o governo tcheco, com base em um tratado bilateral de investimentos entre os dois países.

Desnecessário comentar, o quanto a possibilidade de dois julgamentos sobre o mesmo tema, em ordem sucessiva, contribuem para a insegurança jurídica e o descrédito do Direito Internacional, em geral.

Interessante notar que o problema se agrava, na opinião de Vicuña<sup>1403</sup>, quando os sistemas jurídicos, nos quais, a litigação paralela ocorre, não oferecem uma natureza integrada ou algum grau de integração, tal como se deu no conflito entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos - pretendendo aplicar o seu próprio sistema - e a Corte Internacional de Justiça - preocupada com os efeitos gerais da decisão -, no que toca à assistência consular, ocasião, na qual, não houve deferência da primeira, em relação à segunda. É de se questionar se tais "sistemas jurídicos menos estruturados" são mesmo "sistemas", como se faz na presente.

---

<sup>1400</sup> AYMONE, Priscila Knoll. op. cit. p. 13.

<sup>1401</sup> SCHERER, Matthias. **When Should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration?** Genebra: ASA Bulletin, vol. 20, n. 3, setembro/2002. p. 451/457.

<sup>1402</sup> <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>. Acesso em 20/10/2016. 15:01. p. 1/161

<sup>1403</sup> VICUÑA, Francisco Orrego. **Lis Pendens Arbitralis**. op. cit. p. 5.

O mesmo caso La Grand é comentado por Oellers-Frahm<sup>1404</sup>, que o utiliza para mostrar que os riscos à unidade do Direito Internacional não são virtuais, porque, no dito precedente, houve uma decisão da Corte Internacional de Justiça, além de uma manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apenas em opinião consultiva, ambos versando sobre a existência de eventual direito de alguém que é preso no exterior, ter essa prisão comunicada ao cônsul de seu país. A opinião consultiva da corte regional especializada foi em sentido positivo, enquanto a Corte Internacional de Justiça não havia, ainda, decidido um caso com conteúdo similar (La Grand). O caso foi, posteriormente, decidido pela Corte Internacional de Justiça, no sentido da existência de violação, por parte dos Estados Unidos, com relação ao seu dever de informar a prisão dos irmãos La Grand ao cônsul alemão, o que acabou por esvaziar, um pouco, a polêmica<sup>1405</sup>. De qualquer modo, a possibilidade de eventual divergência de opinião, nesse nível, tendo como bem tutelado algum direito fundamental, é algo de extrema gravidade.

Porém, há quem<sup>1406</sup> não considere assim, minimizando os riscos à pretensa "unidade" do Direito Internacional, dessa fragmentação, alegando inexistir evidência de significativa duplicação ou superposição de várias competências de organizações internacionais, o que só seria possível de ocorrer, excepcionalmente, no caso de competências gerais, levando em conta a existência de mais de quinhentas organizações internacionais, atualmente; ainda que tais superposições existam, afirma-se que isso não é, necessariamente, uma coisa ruim, não significando competição, obrigatoriamente; por fim, afirma-se que, ainda que competição exista, isso não irá afetar a "unidade" do Direito Internacional, por conta do aspecto político.

Em que pese a opinião respeitável, é inegável, tanto a ausência de uma unidade ou de um fim, no Direito Internacional, quanto a existência de riscos e prejuízos, decorrentes da eventual superposição de atribuições normativas e jurisdicionais.

Essa ausência de unidade, sob vários aspectos, traz dúvida sobre a própria existência de um Direito Internacional, o que era uma crítica recorrente ao ramo, como se vê a seguir.

### 3.2.6 Direito Internacional Contemporâneo, a Sua Autonomia e o Conceito de “Gestalt”

Ora, se o Direito Internacional não é um “sistema”, se é natural e imanentemente fragmentado, se não há hierarquia, se há uma insegurança jurídica decorrente desse estado de coisas, seria correto dizer que o Direito Internacional existe e possui autonomia, como ramo

---

<sup>1404</sup> OELLERS-FRAHM, Karin. op. cit. p.70/71.

<sup>1405</sup> <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>. Acesso em 20/10/2016. 15:40 h. p. 106/107.

<sup>1406</sup> PROST, Mario; CLARK, Paul Kingsley. op. cit. p. 343/345.

jurídico? Para responder a essa pergunta, necessário se faz recorrer, não ao conceito de sistema, mas de “*Gestalt*”. Aliás, segundo informa Losano<sup>1407</sup>, os termos “*Gestalt*” e “*Gestaltung*”, são utilizados no idioma alemão para exprimir a mesma ideia de unidade sistemática, podendo ser considerados, em razão de seu uso técnico e corrente, como sinônimos de sistema, nesse sentido. Como se demonstrará, na realidade, há algumas diferenças sutis.

Para fixar esse ponto, é necessário recorrer aos vários conceitos de sistema existentes, bem como, de um conceito aparentado, o de ordem, para verificar se o Direito Internacional preencheria os requisitos para ser considerado um sistema jurídico ou uma ordem jurídica.

Para Hart, basta que existam normas primárias e secundárias unidas<sup>1408</sup>, para que se tenha uma ordem ou um sistema jurídico, como deixa claro, ao comentar o caso do Direito Internacional - para ele, uma dúvida. Em sua famosa crítica, alegava que a falta de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizadas, fariam com que as regras aplicáveis aos Estados se assemelhassem àquelas de sociedades primitivas, onde só há normas primárias de obrigação. Porém, com o desenvolvimento das organizações internacionais e de conceitos como o *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e crime internacional, o Direito Internacional mudou de face, com relação à época em que a observação foi feita. Não há dúvidas de que exista um sistema de coerção organizado, que funciona assimetricamente - com Estados com poder de veto no Conselho de Segurança das Nações Unidas protegendo-se e apadrinhando alguns outros. Aliás, funciona assimetricamente, também no direito interno – especialmente, no Brasil.

Se, por um lado, a posição de Hart é inútil para caracterizar o Direito Internacional como um sistema, já que ele próprio rejeita esse rótulo para o ramo jurídico, por outro lado, é anacrônica. Por tais razões, convém procurar outros sentidos para o termo, a fim de verificar se o Direito Internacional preenche os requisitos para ser um sistema jurídico.

Apenas como uma introdução a esse estudo, registra-se uma feliz observação de Losano, o qual, afirma que os “juristas falam de sistema jurídico, mas quase nenhum deles define sistema”.<sup>1409</sup> Recorda ele, que o termo tanto pode indicar “a estrutura do objeto estudado”, quanto um corpo “ordenado e coeso de conhecimentos científicos”.<sup>1410</sup>

---

<sup>1407</sup> LOSANO, Mario G. op. cit. p. 4/5.

<sup>1408</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. op. cit. p. 229.

<sup>1409</sup> LOSANO, Mario G. op. cit. .p. XIX (prefácio).

<sup>1410</sup> Ibid. p. XIX (prefácio).

Assim, nesse segundo sentido de sistema, o sistema jurídico seria um sinônimo de "ordenamento jurídico", o que significa "um conjunto de normas reunidas por um elemento unificador", graças ao qual, eles se organizam.<sup>1411</sup>

Qual seria esse elemento unificador do Direito Internacional contemporâneo ? Sustenta-se que seriam os direitos fundamentais ou direitos humanos<sup>1412</sup>, muito embora não haja consenso sobre o seu conteúdo, tendo sido impostos<sup>1413</sup>, na ordem política do pós-guerra, de forma padronizada, o que acarreta toda a sorte de rejeições mundo afora<sup>14141415</sup>. Se eles são um elemento "unificador", teme-se em pensar o que será "fragmentador"! O tema será melhor explorado, quando for abordada a questão da tirania dos valores no Direito Internacional e sobre a duvidosa forma democrática dessa Respublica dos Direitos Humanos, mais a frente.

Evidentemente, se não há como afirmar-se existente esse "elemento unificador", sob tal acepção, não há que se falar em Direito Internacional como sistema. Talvez, por isso, Oellers-Frahm<sup>1416</sup> afirme inexistir um corpo de normas no Direito Internacional, além de pouquíssimas normas vinculantes a todos os Estados, o *jus cogens*, independentemente de seu consentimento. Assim, afirma, não se pode entender o termo "unidade" em um sentido formal - "um corpo de normas, aplicado igualmente a todos os Estados".

Antes de prosseguir com as diversas conceituações de sistema, para avaliar se é apropriado caracterizar o Direito Internacional como um, convém distinguir entre sistema externo e sistema interno. O sistema externo é "o sistema das proposições científicas, que descrevem determinada realidade". O sistema interno, por sua vez, é o "sistema ínsito na matéria específica, objeto de determinada ciência."<sup>1417</sup> A categoria que interessa ao estudo é a do sistema interno, que corresponde ao Direito, ao invés do sistema externo, que se refere à Ciência do Direito.<sup>1418</sup> Nesse diapasão, ainda em uma época histórica de transição entre o sistema aberto e o fechado, Stammler identifica três características de um sistema jurídico: unidade, estruturação e completude. Especificamente, interessa observar que o sistema é uno, porque cada parte está dirigida a um mesmo fim<sup>1419</sup>.

---

<sup>1411</sup> Ibid. p. XIX (prefácio).

<sup>1412</sup> HABERMAS, Jürgen. **La Constelación Posnacional. Ensayos Políticos**. Barcelona: Paidós, 2000.p. 153/158.

<sup>1413</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. A Pretendida Universalização dos Direitos Humanos vs. Realidade Cultural - O Caso Indiano. JUNIOR, Lier Pires Ferreira; BORGES, Paulo (Org.). **Direitos Humanos & Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2006.p. 330/332.

<sup>1414</sup> HABERMAS, Jürgen. op. cit. p. 153/158.

<sup>1415</sup> HUNTINGTON, Samuel P. op. cit. p. 228/235.

<sup>1416</sup> OELLERS-FRAHM, Karin. op. cit. p. 72.

<sup>1417</sup> LOSANO, Mario G. op. cit. p. 216.

<sup>1418</sup> Ibid.p. 220.

<sup>1419</sup> Ibid.p.43.



Segundo Losano, teria sido somente com a Teoria Pura do Direito, que teria passado a ocorrer uma separação entre o sistema interno e o externo, sendo distinguidos, de forma clara, o Direito positivo e a Ciência do Direito<sup>1420</sup>. Interessante notar que o principal objetivo de Kelsen, conforme o declarado em sua obra principal, não foi, em verdade, atingido. Diz ele que a "teoria pura do Direito" se destina a "garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito."<sup>1421</sup>

No entanto, analisando os conceitos contidos na sua definição de ordenamento jurídico como um sistema, nota-se que a origem de toda concatenação das normas jurídicas repousa na norma fundamental<sup>1422</sup> - que não é a Constituição, diga-se de passagem (o fundamento de vigência é "a norma fundamental referida à Constituição"<sup>1423</sup>).

Porém, depois de afirmar que "o fundamento de validade de uma norma somente pode ser outra norma"<sup>1424</sup>, Kelsen diz que essa norma fundamental é uma condição lógico-transcendental da interpretação do sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição, além de seu sentido objetivo.<sup>1425</sup> Mas, de onde surge essa norma primeira, da qual, são derivadas todas as demais normas jurídicas? Essa norma que não é posta por uma autoridade, mas, cuja validade é "pressuposta"?<sup>1426</sup>

A contradição inerente à "*Grundnorm*" kelseniana não escapou ao sagaz Triepel, que afirmou não ser possível "construir um edifício", nem uma "cadeia ao infinito", com o expediente da norma fundamental, tendo ao fim uma "norma originária hipotética", que é uma "pura ficção"<sup>1427</sup>. E também constitui um "sincretismo metodológico", expressão utilizada pelo próprio Kelsen<sup>1428</sup>, da mesma forma que o é, deixar à Filosofia do Direito a tarefa de unificar o sistema jurídico<sup>1429</sup>.

Assim, ou se está diante de uma formulação verdadeiramente brilhante ou da maior impostura intelectual de todos os tempos, em razão da quebra da coerência interna de toda a teoria em questão<sup>1430</sup> - e se dizia que seria impossível alguém enganar tantos, por tanto tempo.

<sup>1420</sup> Ibid.p. 47.

<sup>1421</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. vol. 1, 2 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.p. 1.

<sup>1422</sup> LOSANO, Mario G. op. cit. p. 46.

<sup>1423</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit. p. 51.

<sup>1424</sup> Ibid. p. 16.

<sup>1425</sup> Ibid. p. 16.

<sup>1426</sup> Ibid. p. 16.

<sup>1427</sup> TRIEPEL, Heinrich. op. cit. p. 87.

<sup>1428</sup> Ibid. p. 85.

<sup>1429</sup> KELSEN, Hans. **Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International**. **Recueil des Cours**. op. cit. p.232.

<sup>1430</sup> LOSANO, Mario G. op.cit. p. 47.

Seria melhor que a "norma fundamental hipotética" ficasse mesmo na terra do "dever ser", exclusivamente, ao invés de imiscuir-se no Direito, que é feito de suor e sangue, ele é concreto, materializando-se no tempo e no espaço.

O mesmo reparo é feito por Losano, que afirma que, apesar de desejar esse desiderato, a teoria pura do Direito "não é capaz de identificar, nitidamente, a linha de separação entre o sistema ínsito no primeiro (direito positivo) e o sistema elaborado pela segunda (Ciência do Direito)".<sup>1431</sup> A crítica de Losano ocorre, porque um elemento do sistema externo torna-se fundamento do sistema interno, o que é grave, segundo a própria teoria pura, já que ela segue o pensamento kantiano, que afirma inexistir um ponto de contato entre esses dois mundos ("ser" e "dever ser").<sup>1432</sup>

Assim, o conceito de sistema jurídico de Kelsen parte da ideia de unidade, que deriva da norma fundamental hipotética, que é o fundamento de validade de todas as normas jurídicas<sup>1433</sup>.

A exceção seria o Direito Internacional, cuja norma fundamental não seria pressuposta, mas posta, a qual, por sua vez, seria fundamento de vigência da própria ordem jurídica estatal, porque parte do princípio que ordem internacional seria superior à ordem interna.<sup>1434</sup>

Essa argumentação também não passou despercebida a Triepel, que afirma que as ordens são diferentes - a internacional e a interna -, porque as relações sociais reguladas são diversas, assim como as vontades, portanto, suas fontes.<sup>1435</sup>

Como seria possível, seguindo o mesmo fio da meada da "teoria pura", que o mesmo fundamento de validade acabasse por servir às normas jurídicas de direito interno e àquelas do Direito Internacional?

A se seguir esse raciocínio - bastante enviesado, dada a diversidade de relações sociais e de fontes envolvidas -, haveria uma unidade na ordem jurídica internacional, o que lhe permitiria a categorização de sistema. Um sistema internacional, que se baseia em uma norma fundamental posta, no campo internacional, ao mesmo tempo em que uma norma fundamental hipotética e pressuposta, no campo interno - as quais, ao fim e ao cabo, são uma só e justificam o reconhecimento dos Estados pelos seus congêneres.

---

<sup>1431</sup> Ibid. p. 47.

<sup>1432</sup> Ibid. p. 47.

<sup>1433</sup> Ibid. p.53/54.

<sup>1434</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, vol. 2. op. cit. p. 52/53.

<sup>1435</sup> TRIEPEL, Heinrich. op. cit. p. 79.

A tentativa de se forçar a visualização de um sistema, no Direito Internacional, pelo reconhecimento de uma unidade inexistente, é tão patética, que se chega a propor que os juízes nacionais, quando da aplicação das normas, "optem" pelo monismo<sup>1436</sup>, "respeitando" uma suposta primazia do Direito Internacional sobre o direito interno. Como se fosse possível optar por não enxergar a realidade da existência de duas ordens distintas ou "optar" por uma realidade qualquer. Sequer se discutiria o assunto, com todo esse "*wishful thinking*", caso o fato não fosse a existência de ordens distintas. Se é que a ordem internacional constitua, de fato, uma "ordem".

Ora, ao se visualizar o Direito Internacional em si mesmo, percebe-se que não existe essa tão propalada unidade, quanto às suas normas jurídicas, em razão de uma suposta unicidade de seus fundamentos de validade. Isso se reflete na questão da obediência a essas normas internacionais. Aliás, como bem dizia Henkin: "*Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all the time*"<sup>1437</sup>, o que demonstra ser o cumprimento das normas internacionais, a sua eficácia, o grande calcanhar de Aquiles do ramo jurídico, o que já era destacado pelo negacionista Hart<sup>1438</sup>.

Isso ainda se dá, apesar de ter ocorrido alguma evolução institucional nesse ínterim, não apenas pela falta de instâncias supranacionais, para exercer o monopólio da coerção, como porque a razão de se cumprir determinada norma internacional é imanentemente diversa da razão de se cumprir normas de direito interno.

Na sua origem, as normas internacionais dizem respeito, primordialmente, a arranjos entre os Estados, bastante similares a contratos, ou ainda, à reiteração de atos materiais ou práticas reconhecidas pela comunidade internacional como jurídicas, ao longo de determinado tempo, dentro de determinada amplitude geográfica. No primeiro caso, o cumprimento decorre de um compromisso internacional, que pode vir a ser denunciado ou ignorado, com a mudança das circunstâncias, especialmente, se o seu objeto for político<sup>1439</sup> e não técnico, ainda que, sob o risco de responsabilização internacional.

Apesar de todas as ressalvas que se possa fazer a um jurista, que tenha servido a uma ditadura racista, não se pode deixar de mencionar a atualidade do pensamento de Bilfinger, levando em conta as atitudes dos impérios contemporâneos, que exercem o seu poder

<sup>1436</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Unité d'Application du Droit International à L'Echelle Globale et Responsabilité des Juges**. op. cit. p.3.

<sup>1437</sup> HENKIN, Louis. **How Nations Behave**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1979. p. 47.

<sup>1438</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **op. cit.** p. 230.

<sup>1439</sup> BILFINGER, Carl. **Les Bases Fondamentales de la Communauté des États**, vol. 63. Leiden: Nijhoff, 1938.p. 13/14. O internacionalista traz um conceito bastante realista do Direito Internacional, como sendo o "conjunto de regras convencionais que cada Estado respeita ou viola, de acordo com a liberdade de ação da qual disporha". Se o Burundi tivesse uma prisão como Guantánamo, ela ainda existiria ?

soberano ao limite – o que, de modo dramático, demonstra a força da pulsão fragmentadora -, quando afirma que, quanto mais os tratados se referem a necessidades gerais das relações entre os homens, a sua aplicação é mais certa. Por outro lado, quanto mais político é o seu objeto, menor será a eficácia do Direito Internacional<sup>1440</sup> - isso remete às razões de Estado<sup>1441</sup>.

Há outro aspecto, com relação às diferenças entre o direito interno e o Direito Internacional, no que toca à dificuldade de se fazer materializar o Direito Internacional, à sua eficácia, que diz respeito à origem das normas jurídicas. Se a comunidade reconhece as normas, como expressão de sua cultura, a assimilação é mais fácil. Isso pode ocorrer no direito interno, mas, raramente ocorre no Direito Internacional, porque os Estados não são pessoas e é puramente ficcional realizar analogias entre eles e seres humanos. Só o ser humano produz cultura<sup>1442</sup>.

Logo, uma eventual identificação entre o costume internacional dos Estados ou, mesmo, os princípios gerais de Direito das "nações civilizadas", e o adimplemento "natural" do Direito Internacional, pelos Estados, comparativamente ao que acontece com os indivíduos, no direito interno, é totalmente divorciada da realidade.

Por fim, ainda no tocante ao mesmo assunto, alerta-se para a necessidade do uso do método empírico, para que não se crie um "falso Direito", que “só encontrado na cabeça dos sábios” - referindo-se a Kelsen - e em determinados documentos do Direito Internacional, já que não existia e não existe ainda um super-Estado, que imponha as leis e em razão do fato de certas normas de Direito Internacional apresentarem-se sob a forma de meras promessas ou declarações, votos ou recomendações, que não vinculam, o que valeria para o próprio "sistema" de Direito Internacional.<sup>1443</sup>

Tais argumentos são realmente fortes, de modo que, também quanto aos requisitos kelsenianos de um sistema internacional, eles não restam atendidos.

Se o Direito Internacional, então, não atende aos requisitos, normalmente elencados pela doutrina, para que possa ser caracterizado como um sistema ou uma ordem jurídica, ele não pode ser reconhecido como uma especialidade, existente e autônoma, do sistema “Direito”?

---

<sup>1440</sup> Ibid. p. 13/14.

<sup>1441</sup> BENOIST, Charles. **L'Influence des Idées de Machiavel**. Leiden: Nijhoff, 1925.p.193.

<sup>1442</sup> LAPLANTINE, François. **Aprender Antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 120.

<sup>1443</sup> BILFINGER, Carl. op. cit. p. 6/7.

Não se deve ir tão longe. Evidentemente, essa discussão remete à crítica de Hart ao Direito Internacional<sup>1444</sup>, que será detalhada no capítulo seguinte, que se dedicará à genealogia da crença do Direito Internacional como um sistema.

Mas, para responder a essa questão, que não é a principal a ser respondida neste estudo, mas algo que exsurge de seus desdobramentos, faz-se necessário recorrer a outro conceito, que não o de sistema ou de ordem.

O conceito de “*Gestalt*”, importado da Teoria da “*Gestalt*”, desenvolvida por Wertheimer<sup>1445</sup>, Köhler<sup>1446</sup> e outros, é o que melhor explica, essa possibilidade de reconhecimento do Direito Internacional como um conjunto de conhecimentos distinguível, no interior do sistema “Direito”, sem que seja necessário recorrer ao conceito de sistema, sem que se exija unicidade, quanto aos fundamentos de validade, ou de fins, uma teleologia.

O termo “*Gestalt*” possui várias acepções no idioma alemão, podendo ser lido como “forma” ou “configuração”<sup>1447</sup>, mas há outros usos, como aquele de Clausewitz<sup>1448</sup>, ao descrever a guerra como uma “*Gestalt* absoluta”, no sentido de uma estrutura integrada ou complexa, nesse aspecto, assemelhando-se a sistema, porque “toda guerra deve ser concebida como constituindo um único bloco, e que com a sua primeira medida o General já deverá ter uma idéia clara do propósito para o qual todas as linhas devem convergir”. Nesse sentido, uma “*Gestalt*” é um todo indivisível que é algo diverso da soma de suas partes. Interessantemente, o Direito Internacional foi assim descrito por Truyol y Serra<sup>1449</sup>, em seu curso geral, afirmando que ele não pode ser confundido com a “mera justaposição de suas partes”, sendo um conjunto, em vias de tornar-se uma verdadeira comunidade internacional.

O termo também é utilizado, em língua alemã, para designar diferentes funções e desenhos, como ocorreria com o Direito Internacional, como fez Von Bogdandi<sup>1450</sup>, falando das atividades de coordenação, cooperação e integração da disciplina. Cada qual, uma “*Gestalt*” diferente.

<sup>1444</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. op. cit. p. 230.

<sup>1445</sup> WERTHEIMER, Max. *Gestalttheorie*, 1924. In <http://gestalttheory.net/archive/wert1.html#>. Acesso em 16/10/2016 – 15:55 h. p. 1/11.

<sup>1446</sup> KOHLER, Wolfgang. *An Old Pseudoproblem*, 1929. In <http://gestalttheory.net/archive/kohl1.html>. Acesso em 16/10/2016. 16:10 h. p. 13.

<sup>1447</sup> KUNKEL-RAZUM, Kathrin; SCHOLZE-STUBENRECHT, Werner; WERMKE, Mathias (Org.). *Duden. Deutsches Universal-Wörterbuch*. Mannheim: Bibliographisches Institut & F.A. Brockhaus, 2003.p.644/645.

<sup>1448</sup> CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. Livro 8. In <https://www.egn.mar.mil.br/arquivos/cepe/DAGUERRA.pdf>. Acesso em 16/10/2016. 18:05 h. p. 691.

<sup>1449</sup> SERRA, Antonio Truyol y. *Théorie du Droit International Public. Cours Général*. op. cit. p. 45.

<sup>1450</sup> BOGDANDI, Armin von. *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law*. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 15, n.5, 2004.p.897.

Assim, um Direito Internacional baseado em coordenação teria uma determinada “*Gestalt*”; o de cooperação, outra; da mesma forma, o de integração.

Esse é o sentido que é empregado na presente tese.

Com efeito, a Teoria da “*Gestalt*” surgiu a partir de experimentos sobre percepção, aprendizagem e solução de problemas, que vinham sendo empreendidos, especialmente, na Alemanha, desde o final do século XIX. Com base em tais estudos empíricos, foram algumas leis sobre a forma como objetos são percebidos<sup>1451</sup>: pregnância, unidade, unificação, semelhança, contigüidade, continuidade, fechamento e segregação. Os nomes variam conforme os autores.

Assim, por exemplo, a lei da contigüidade ou “fator de proximidade”<sup>1452</sup> diz que a forma de agrupamento mais natural é a que envolve menores intervalos, sendo mais facilmente percebida.

Da mesma forma, exemplificativamente, há uma tendência de se perceber melhor objetos cujas partes sejam parecidas ou as suas frequências, tanto em termos sonoros, quanto visuais. É a lei da similaridade<sup>1453</sup>.

Todas essas leis, inferidas de experiências em laboratório, com seres humanos, acabaram por se transferir da percepção humana dos objetos para a aprendizagem e outros tantos campos, tomando a forma de uma teoria, mas não uma teoria sobre os resultados das experiências realizadas, mas um meio para novas descobertas, sendo a sua fórmula fundamental assim expressa: “há todos, cujo comportamento não é determinado pelo comportamento de seus elementos individuais, mas, nos quais, os processos parciais são, eles mesmos, determinados pela natureza intrínseca do todo”.<sup>1454</sup>

Tais leis, segundo o entender expresso no presente trabalho, também podem explicar como objetos como o Direito Internacional, por exemplo, pode ser percebido como figura, em meio ao fundo, denominado “Direito”. A relação figura-fundo, da Teoria da Gestalt, anterior à própria formulação da teoria, com base nos estudos de Rubin, foi posteriormente incorporada à Teoria da Gestalt, por Koffka<sup>1455</sup>. Ela em muito se assemelha à regra da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, segundo a qual, o sistema constitui-se, pela diferenciação, em relação ao ambiente.

<sup>1451</sup> WERTHEIMER, Max. **Laws of Organization in Perceptual Forms**, 1923. In <http://psychclassics.yorku.ca/Wertheimer/Forms/forms.htm>. Acesso em 18/10/2016. 17:21 h. p. 1/21.

<sup>1452</sup> Ibid. p. 4.

<sup>1453</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1454</sup> WERTHEIMER, Max. **Gestalttheorie**. op. cit. p.2.

<sup>1455</sup> PIND, Jörgen L. **Figure and Ground at 100**. Londres: The Psychologist, vol. 25, n. 1, janeiro/2012.p. 90/91.

Assim, “figura” está para “sistema”, como “fundo” está para “ambiente”.

Se não é possível identificar um sistema “Direito Internacional” no ambiente “Direito”, porque, segundo a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, os sistemas não se desenvolvem por decomposição orgânica, nada impede que se perceba a figura “Direito Internacional”, em meio ao fundo “Direito”.

Afirma Truyol y Serra que é impossível definir o que é o Direito Internacional, pelo conteúdo que regula<sup>1456</sup>, tendo em vista a diversidade de temas, de que cuida, especialmente, após os anos setenta, com o surgimento do padrão de acumulação flexível. Quando se tenta perceber a figura “Direito Internacional”, em meio ao fundo “Direito”, atentando para o seu conteúdo, ele não mostra boa pregnância, ou seja, boa forma, boa figura. Não se trata de uma “boa *Gestalt*”<sup>1457</sup>, por inexistir diferenciação, “inogeneidade”, é o que Wertheimer<sup>1458</sup> chama de “*Ganzfeld*”, um campo total, uno, que desafia subdivisões, desintegração, fragmentação. A figura pode até estar lá, mas a falta de diferença entre ela e o fundo não permite seja percebida.

Mas, aproveitando-se da lição do mesmo internacionalista, quando o observador mira a base social do ramo jurídico em questão, é possível ver que o Direito Internacional é aquele que opera sobre a sociedade internacional ou a comunidade internacional<sup>1459</sup>. Quando muda-se o foco da visão, as linhas da figura “Direito Internacional” se destacam do fundo “Direito”, porque nenhum outro ramo tem como base social a sociedade ou a comunidade internacional. Então, visualiza-se que ele é, de fato, existente e único.

Se a Teoria da Gestalt permite que o Direito Internacional seja percebido como um campo diferenciado do Direito, portanto, existente e único, poderá ela permitir que os regimes autônomos também o sejam ou será o Direito Internacional um “*Ganzfeld*”?

Ora, enquanto os ditos “regimes autônomos” ainda se utilizarem do Direito Internacional geral, aplica-se a lei gestáltica da continuidade, segundo a qual, “grupos tendem a ser integrados em todos perceptuais, se estão alinhados com outros”. Nesse caso, peca-se pela homogeneização, não sendo possível visualizar a figura no todo.

Mas, esse tipo de relação não é o mesmo que a figura “Direito Internacional” guarda com o fundo “Direito”, quando tem como uma de suas fontes os princípios gerais de Direito das nações civilizadas? Nesse caso específico, a influência dos princípios gerais de Direito sobre o todo do Direito Internacional é bastante menor que o peso do Direito Internacional

<sup>1456</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Théorie du Droit International Public. Cours Général**. op. cit. p. 38.

<sup>1457</sup> WERTHEIMER, Max. **Laws of Organization in Perceptual Forms**. op. cit. p. 16.

<sup>1458</sup> Ibid. p. 19.

<sup>1459</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Théorie du Droit International Public. Cours Général**. op. cit. p. 45.

geral sobre cada regime especializado. A ligação é bem menos visível, no primeiro caso, que no segundo.

Como lembra Guggenheim, os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas só começaram a ter aplicação generalizada, com a jurisprudência arbitral do século XIX, primeiro, em 1861, na sentença do Caso Yuille, sob o nome "direito comum"<sup>1460</sup>. Trata-se, portanto, de uma fonte bastante menos historicamente estabelecida que os tratados e o costume internacional.

Pelo exposto, vê-se não ser necessário realizar um esforço intelectual tão grande, para tentar caracterizar o Direito Internacional como um sistema, se basta a possibilidade do intérprete perceber as suas formas peculiares, para que seja tido por existente e diferenciado, em meio ao Direito em geral.

Desse modo, a existência do Direito Internacional e sua autonomia, como ramo jurídico, não podem ser questionadas, ainda que ele não constitua, propriamente, um sistema ou uma ordem – aliás, não por força da dita fragmentação, como já se viu.

Porém, essas formas peculiares do Direito Internacional mudam com o tempo, na medida da mudança ambiental. Como, então, essa configuração específica, percebida como Direito Internacional, foi alterada, pelo impacto da mudança do padrão de acumulação, que se convencionou chamar de globalização?

### 3.3 A Feudalização do Direito Internacional

Efetivamente, esse todo gestáltico, que é diverso da soma de suas partes, denominado "Direito Internacional", não é estático. Ele é influenciado pelas circunstâncias externas ("fundo"), em especial, as econômicas, modificando-se.

Sem embargo, ainda na década de oitenta, quando as consequências da globalização em curso ainda não eram supostas, Truyol y Serra já dizia que o conceito alargado de Direito Internacional, não mais como mera justaposição de Estados, mas, como um conjunto, em vias de tornar-se uma verdadeira comunidade internacional, corresponderia, de certa forma, a um retorno ao *jus gentium*, ou ao menos, levaria a um novo *jus gentium*, no qual, o *jus inter gentes* seria apenas um elemento<sup>1461</sup>. Posteriormente, afirma Truyol y Serra, "no limite", o Direito Global seria expressão jurídica de um Estado Mundial, evocando-se a *civitas maxima*<sup>1462</sup>, no que fazia referência a Tanaka.

<sup>1460</sup> GUGGENHEIM, Paul. *Contribution à L'Histoire des Sources du Droit des Gens*. Cours Général, vol 94. Leiden: Nijhoff, 1958.p. 72.

<sup>1461</sup> SERRA, Antonio Truyol y. *Théorie du Droit International Public*. Cours Général. op. cit. p. 45.

<sup>1462</sup> Ibid.p. 45



Caminhando em um mesmo sentido, ainda no curso da Guerra Fria, Schmitt<sup>1463</sup>, proferindo uma conferência em Murcia, já relacionava a mudança no ambiente econômico à mudança das instituições culturais (Política, Direito, Ética), dizendo que "para a tendência atual de unidade técnico-industrial do mundo, a dualidade atual não seria mais que a transição até a unidade, a última fase, o último *round* de uma luta pela unidade definitiva".

Tal unidade levaria a consequências muito além da questão puramente técnica, como salientava Schmitt, porque "o vencedor realizaria a unidade do mundo, naturalmente, desde os seus pontos de vista e segundo suas ideias", o que implicaria que "seus dirigentes representariam o tipo do novo homem" e que "planificariam e organizariam, segundo suas próprias ideias políticas, econômicas e morais".<sup>1464</sup>

Não deixa de ser irônico que a mesma evolução tecnológica, que levou à derrubada dos velhos estamentos feudais, à criação do Estado Moderno, às novas teorias sobre soberania e, por fim, aos trezentos anos do Direito Internacional clássico; tenha acabado por implodir, em tão pouco tempo, todo o edifício da Modernidade, da forma como predizia Schmitt. O avanço da História, não necessariamente, implica evolução ou progresso<sup>1465</sup>. Ele se dá em ciclos.

Ora, quando o Estado nacional observa uma "retirada involuntária" do ambiente político-jurídico-econômico, o que fica no lugar? Assiste-se, na realidade, a um retorno - guardadas as devidas proporções, evidentemente - do *status quo ante*, que se manifesta das mais diversas formas, como já mencionado, na provocação de Minc<sup>1466</sup>. Dizia ele que a "incapacidade de descobrir o princípio fundador do mundo pós-comunista" é que teria nos remetido a uma Nova Idade Média. Isso nada mais é que fragmentação.

Assim, o mundo pós-moderno assiste a uma "ausência de sistemas organizados, a desaparecimento de todo o centro, o surgimento de solidariedades fluidas e evanescentes, a indeterminação, a aleatoriedade, o turvo".<sup>1467</sup>

Essa Nova Idade Média traz o "desenvolvimento de zonas cinzentas, que se multiplicam fora de qualquer autoridade", "o enfraquecimento da razão, com princípio

<sup>1463</sup> SCHMITT, Carl. La Unidad del Mundo. SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus. La Unidad del Mundo. Catolicismo y Forma Política**. Buenos Aires: Editorial Struhart, 2012. p. 76.

<sup>1464</sup> Ibid. p. 76.

<sup>1465</sup> HOWSE, Robert; TEITEL, Ruti. **Does Humanity-Law Require (or Imply) a Progressive Theory of History? (And Other Questions for Martti Koskenniemi)**. Philadelphia: Temple International and Comparative Law Journal, vo. 27, n. 2, 2013.p. 377/397. o texto critica a leitura feita por Koskenniemi, da "Paz Perpétua" de Kant, atribuindo ao sábio de Königsberg um otimismo, que seria inexistente, por conta de pretensos equívocos interpretativos.

<sup>1466</sup> MINC, Alain. op. cit. p. 10.

<sup>1467</sup> Ibid. p. 10

fundador, em benefício de ideologias primárias e de superstições há muito tempo desaparecidas", "o lugar cada vez mais reduzido do universo ordenado, no que toca aos espaços e às sociedades"<sup>1468</sup>

Há, sim, similaridades entre o Direito da Idade Média e o Direito Transnacional que exsurge, eis que, as jurisdições entrecruzadas e complexas de cidades, nobres, reis, imperadores, papas e bispos da Europa Medieval, todos partes de uma só Cristandade, também era caracterizada pela fragmentação e sua hierarquia não era definida de forma clara, como descreve Morris<sup>1469</sup>.

Afirma Morris<sup>1470</sup> que, com o fim do Império Romano, ocorreu uma “fragmentação da sociedade política”, de tal modo que, entre os anos 800 e 1200, “a Cristandade era uma ordem social complicada, em que o poder político era altamente fragmentado”. Prossegue, dizendo que “a ordem social não era garantida por instituições centralizadas, hierárquicas, como em nossas sociedades; o poder a autoridade eram descentralizados”. Parece muito a “Nova Idade Média”.

A expressão já havia sido utilizada, em 1927, por Berdiaev<sup>1471</sup>, mas, para referir-se ao socialismo, que considerava "messiânico". O sentido da provocação de Minc é, exatamente, de situar a "Nova Idade Média", não mais no socialismo, mas, no que veio depois de seus escombros.

Como se caracterizaria, então, essa Nova Idade Média, surgida depois da queda do Muro de Berlim, quando se imaginava, equivocadamente, que a pulsão unificadora do Direito Internacional fosse prevalecer sobre a fragmentadora? Segundo Minc, ela é uma época de desordens, causada pelo retorno do tribalismo, os nacionalismos<sup>1472</sup> e pelas migrações<sup>1473</sup>; "um mundo sem centro"<sup>1474</sup>, que remete à observação de Dupuy<sup>1475</sup> sobre a necessidade de um centro; pela reaparição de zonas cinzentas, nas quais, desaparecem as estruturas tradicionais da ordem, não apenas em países, mas, também, "no coração de nossas sociedades"<sup>1476</sup>; os

<sup>1468</sup> Ibid. p. 10/11.

<sup>1469</sup> MORRIS, Christopher W. op. cit. p. 59. Morris detalha essa fragmentação, dizendo que “nenhuma agência singular controlava, ou poderia possivelmente controlar, a vida política...”. Além do poder ser fragmentado e o controle do território ser negado a qualquer grupo ou instituição, “as relações de autoridade eram sobrepostas e não exclusivas”.

<sup>1470</sup> Ibid. p. 58.

<sup>1471</sup> BERDIAEV, Nicolas. *Le Nouveau Moyen Âge. L'Âge d'Homme*. Paris: Sophia, 1985. p. 119.

<sup>1472</sup> MINC, Alain. op. cit. p. 16.

<sup>1473</sup> Ibid. p. 20.

<sup>1474</sup> Ibid. p. 44.

<sup>1475</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *Fragmentation du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?* op. cit. p.

7.

<sup>1476</sup> MINC, Alain. op. cit. p. 67.

salteadores, a lavagem de dinheiro e o crime organizado<sup>1477</sup>; a "Bíblia de riscos"<sup>1478</sup>; o retorno das revoluções<sup>1479</sup>; dentre outros aspectos.

Outros autores, como Bull<sup>1480</sup> e Strange<sup>1481</sup>, sugerem a remedievalização – ainda que, sem necessariamente utilizar o termo -, dando a ideia de fragmentação, na Economia e na Sociedade, em geral.

Mas, o essencial é que, como assinala Minc, se achava que o Estado seria o ponto culminante das sociedades<sup>1482</sup>, o que se mostrou errado, porque ele se retira, deixando a descoberto “estranhas realidades”<sup>1483</sup>. Essa retirada conduz a algum paralelismo de formas entre a situação do Direito Internacional contemporâneo e o Direito da Idade Média, com a desintegração política do Império Romano, a fragmentação do poder político temporal e a existência contraditória de uma unidade, em torno do poder espiritual e seus valores, conformada na "*Respublica Christiana*".

Assim, estabelece-se uma relação entre a retirada involuntária do Estado Moderno e o surgimento dessa realidade social multifacetada, plural, fragmentada, com vazios de autoridade, apesar de tantos senhores. Não seria incorreto dizer que a pós-modernidade vivencia uma espécie de privatização do poder político, o que se estende, igualmente, para o Direito Internacional, também modificado pela retirada do Estado nacional e pela relativização de seu poder. Portanto, não é incorreto falar-se, igualmente, em uma "privatização" do Direito Internacional, que será descrita a seguir.

### 3.3.1 A Privatização do Direito Internacional

A privatização do Direito Internacional - tradicionalmente baseado, que era, na relação jurídica existente entre Estados soberanos e que tinha como princípio fundamental a igualdade soberana dos Estados<sup>1484</sup> (*parem im parem, non habet imperium*) - manifesta-se, a partir da ascensão hegemônica do padrão de acumulação flexível, em vários de seus aspectos.

Ela afetou a forma tradicional de produção desse Direito, a ponto de incluir normas não-nacionais e não-estatais, formando um todo denominado "Direito Transnacional"; influenciou na forma como a jurisdição é prestada, na esfera internacional; mesmo, os atos

<sup>1477</sup> Ibid. p. 69.

<sup>1478</sup> Ibid. p. 141.

<sup>1479</sup> Ibid. p. 162.

<sup>1480</sup> BULL, Hedley. **The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics**. Nova Iorque: Columbia University Press, 2002. p. 1/329.

<sup>1481</sup> STRANGE, Susan. **States and Markets**. 2 ed. Londres: Continuum, 1994. p. 1/271.

<sup>1482</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de Filosofia do Direito**. Lisboa: Guimarães, 1959. p. 247.

<sup>1483</sup> MINC, Alain. op. cit. p. 67.

<sup>1484</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. **The Fundamental Principles of International Law. Recueil des Cours**. op. cit. p. 214.

materiais dos sujeitos tradicionais do Direito Internacional são, de alguma forma, abrangidos pelas modificações trazidas pela privatização do Direito Internacional; os próprios sujeitos de direitos e deveres, nessa esfera, deixaram de ser puramente estatais; a temática desse Direito foi alterada pela desestatização; o aspecto desse direito modificou-se; e surgiu um elemento pretensamente unificador dessa alegada ordem internacional, que passou a excluir valores tradicionalmente aceitos como importantes, como é o caso da democracia. Tudo isso levanta o questionamento sobre como será essa Nova Idade Média, na *Respublica* dos Direitos Humanos "*prêt-a-porter*"<sup>1485</sup>.

Para doutrinadores como Brunkhorst, a concepção de privatização do Direito Internacional, nesses termos, seria impensável, tendo em vista a sua ideia de que o que estaria ocorrendo seria mera mudança de paradigma, no que toca ao conceito mesmo de "estatalidade".<sup>1486</sup>

Porém, mesmo concordando com a sua posição de que o Estado Moderno foi apenas uma configuração do fenômeno da estatalidade, isso não significa não se possa, ao captar o instantâneo, verificar que o paradigma anterior - Estado Moderno - cede lugar a uma forma cada vez menos nacional e pública de exercer o poder, o que atende ao interesse de muitos atores e prejudica a outros tantos. Não seria essa forma menos pública de exercício dos diversos poderes soberanos, tradicionalmente atribuídos ao Estado, uma privatização do poder?

Brunkhorst chama essas transformações no Direito de "constitucionalização evolucionária", a qual, segundo o seu ponto de vista, apresenta os seguintes processos<sup>1487</sup>: juridicização de territórios, populações ou esferas funcionais, nos níveis nacional, regional e global, além do crescimento orgânico do Direito, que teria passado a ser aplicado a esferas específicas e entre essas esferas; emergência de um sistema de cortes internacionais; elaboração do contrato jurídico dos poderes implícitos de um documento jurídico; surgimento de hierarquia normativa e "*Grundnorm*"; desenvolvimento de princípios constitucionais, do *jus cogens* e das obrigações *erga omnes*; tendência ao Direito universal; emergência de uma ordem pública comum - a "ordem pública internacional"; gradual passagem para um processo legislativo geral, na Organização das Nações Unidas; substituição da autovinculação voluntarista do Estado pela lei suprema de alcance global, no Direito Público Internacional.

<sup>1485</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. A Pretendida Universalização dos Direitos Humanos vs. Realidade Cultural - O Caso Indiano. JUNIOR, Lier Pires Ferreira; BORGES, Paulo. **Direitos Humanos & Direito Internacional**. op. cit. p. 353.

<sup>1486</sup> BRUNKHORST, Hauke. **Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitismo Global**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 26, n. 76, junho/2011.p. 9.

<sup>1487</sup> Ibid. p. 20.

Pois bem, muito embora muitos dos itens mencionados realmente correspondam a realidades observáveis no mundo da cultura, é discutível a existência de um sentido único, de uma teleologia, ou pior ainda, de um evolucionismo, como faz parecer Brunkhorst. Sobre a ascensão e queda do projeto constitucionalista, melhor tratará o Capítulo III.

Partindo da premissa que a resposta seja positiva, acerca da existência da privatização do poder soberano, a pesquisa inicia-se com a privatização das fontes do Direito Internacional.

### 3.3.1.1 A Privatização das Fontes de Direito Internacional: as Normas Não-nacionais e as Normas Não-estatais

Assim, no que diz respeito às fontes do Direito Internacional, o costume é considerado a fonte original e mais importante, porque a fonte convencional tira dele a sua validade, conforme Guggenheim<sup>1488</sup>. Porém, o reconhecimento da existência dessa norma costumeira, na sociedade, depende da autoridade constituída, de modo que, mesmo um costume reconhecido pode ser facilmente ab-rogado, fazendo Guggenheim<sup>1489</sup> referência a Bynkershoek e ao Juiz Marshall. Quanto aos tratados, por sua vez, existem desde a Antiguidade, para a regulamentação das relações entre os entes políticos<sup>1490</sup>.

Ora, tais fontes são as tradicionais. Somente no século XIX, com as arbitragens internacionais, é que os princípios gerais de Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas, foram sendo, gradualmente, reconhecidos como fontes de Direito Internacional.<sup>1491</sup> Os princípios gerais, originalmente, eram aqueles comumente reconhecidos como existentes, no direito interno<sup>1492</sup>.

Assim, de um modo ou de outro, as fontes primordiais do Direito Internacional, tal como inscritas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, posteriormente, em outros instrumentos internacionais, pressupõem uma ação ou omissão dos Estados, para que possam existir como fontes.

No caso do costume, que ele não seja proibido pelo Estado (não-fazer), ou ainda, que a prática dos Estados o revele (fazer); quanto ao tratado, depende inteiramente, da ação positiva do Estado. Por fim, os princípios são reconhecidos no direito interno, pelos órgãos jurisdicionais, legislativos ou administrativos do Estado.

---

<sup>1488</sup> GUGGENHEIM, Paul. op. cit. p. 36.

<sup>1489</sup> Ibid. p. 45.

<sup>1490</sup> Ibid. p. 54. Por que não dizer "Estados"?

<sup>1491</sup> Ibid. p. 72.

<sup>1492</sup> Ibid. p. 78. Até a década de setenta, do século passado, pelo menos.

Não é incorreto afirmar, portanto, até a Contemporaneidade, as fontes do Direito Internacional dependem de alguma espécie de ação ou omissão do Estado, para serem reconhecidas como tal, na esfera internacional.

Porém, a partir do momento em que o padrão de acumulação flexível tornou-se hegemônico, o Direito passou por algumas transformações. Uma delas é a privatização das fontes do Direito Internacional, admitindo-se a existência de fontes de origem não-nacional ou não-estatal.

Para discutir o tema, Frydman<sup>1493</sup> inicia o seu raciocínio de maneira bastante cautelosa. Pergunta, em primeiro lugar, se não seria mais prudente evocar os efeitos da globalização sobre o Direito, do que invocar a existência de um Direito global. Em resposta, afirma que não se percebe, tão somente, os efeitos deletérios da globalização sobre as estruturas jurídicas nacionais e internacionais. Na realidade, são notados objetos jurídicos, ainda não identificados ou mal identificados, que emergem das relações transnacionais e de uma sociedade global, que estaria em construção.

Esses objetos, que Frydman qualifica como "dispositivos múltiplos e heteróclitos", os quais, se multiplicam de maneira anárquica, nos domínios mais globalizados, apresentam, segundo ele, extraordinária diversidade de origens, formas e efeitos.<sup>1494</sup>

Afirma Frydman a existência de quatro abordagens, que lidam com esse objeto. Inicialmente, a abordagem pragmática<sup>1495</sup>, baseada em estudos de caso, que envolvam os "objetos jurídicos não-identificados", tal como ocorreu no Caso "Yahoo!" para questões de Internet; no Caso "Nike", para questões de responsabilidade social das empresas; no Caso "Total", para o contencioso transnacional dos direitos humanos.

Em seguida, fala da abordagem microjurídica, que pensa o Direito sem ordem jurídica. Ela se preocupa em estudar os direitos subjetivos, no horizonte do caso, não o direito objetivo, no nível da ordem jurídica.<sup>1496</sup>

A terceira abordagem do Direito global é a crítica do nacionalismo metodológico ou estatocentrismo. Afirma-se que pensar o Direito como uma ordem estatal só faz sentido, do ponto de vista da soberania. Em um mundo sem um soberano, o conceito de ordem teria de ser revisto, para que se supere a relação que se faz entre ordem e Estado, que induz o

---

<sup>1493</sup> FRYDMAN, Benoît. Comment Penser le Droit Global ?FRYDMAN, Benoit (Org.). **La Science du Droit dans la Globalisation**. op. cit. p. 17/18.

<sup>1494</sup> Ibid. p. 18. O autor refere-se a eles como "ornitorrincos do bestiário normativo".

<sup>1495</sup> Ibid. p. 20/21.

<sup>1496</sup> Ibid. p. 21/24.

intérprete a aceitar um Estado mundial, não necessariamente democrático, pelo poder da linguagem.<sup>1497</sup>

Por fim, existe a abordagem do Direito global, como o Direito da sociedade civil mundial ou sociedade global. Se existe uma dada sociedade, existirá um Direito correspondente. Esse direito da sociedade civil mundial seria anterior ao próprio Estado, logicamente ou historicamente<sup>1498</sup> - de fato, tanto que a tese fala em um retorno ao *status quo ante*, relativamente ao surgimento dos Estados nacionais, o que está de acordo com a ideia de remediavelização.

Além das quatro abordagens, Frydman menciona a existência de várias dinâmicas do Direito global. Uma delas, de caráter nitidamente schumpeteriano, é a dinâmica da "destruição criativa e extensão do domínio da norma"<sup>1499</sup> - como a conquista dos espaços vitais, aos quais se referiu a tese, anteriormente. No caso do Direito global, ela se dá, nos "escombros e interstícios", que existem entre o direito interno e o Direito Internacional, especialmente, após a destruição causada pela globalização.

Outra dinâmica dessa espécie jurídica seria o mercado jurídico global, destacando Frydman o fato dos atores transnacionais terem à sua disposição um verdadeiro mosaico de ordens jurídicas, o que lhes permite fazer o mercado onde lhes aprouver - o "*forum shopping*".<sup>1500</sup>

O Direito global também viceja, por conta da crença na existência de um "direito natural econômico", a lei natural do mercado global. Nesse caso, a regulação estatal é vista como um problema.<sup>1501</sup>

Outra dinâmica é a da "luta pelo Direito", porque os atores globais demandam normas, das mais variadas naturezas, o que faz com que múltiplas "empresas normativas" as ofereçam, como ocorre, por exemplo, com a padronização de características de produtos e serviços; legitimar aspirações consideradas justas, através de sua universalização; dentre outros<sup>1502</sup>.

Também faz-se referência à "*pan-nomia*", que existe, em razão da anarquia existente na sociedade mundial, de modo que a faculdade de propor e impor normas não é mais um monopólio estatal.<sup>1503</sup>

---

<sup>1497</sup> Ibid. p. 24/27.

<sup>1498</sup> Ibid. p. 27/28.

<sup>1499</sup> Ibid. p. 28/30.

<sup>1500</sup> Ibid. p. 30/32.

<sup>1501</sup> Ibid. p.32/34.

<sup>1502</sup> Ibid. p.34/37.

<sup>1503</sup> Ibid. p.37/38.

A existência de novos pontos de controle também é apontada como uma dinâmica, que favorece o surgimento do Direito global, sendo certo que, segundo tal lógica, todos podem se declarar legisladores, mas alguns podem instituir-se como "gendarmes" da globalização<sup>1504</sup>.

No instigante texto, Frydman também menciona a guerra de normas e a oposição normas técnica vs. normas jurídicas, como dinâmicas facilitadoras desse Direito global.<sup>1505</sup>

Outro meio, pelo qual, o Direito global ou transnacional floresce é o do turvamento entre as fronteiras do público e do privado, inclusive, do que seja Direito Público e Direito Privado, como salienta Latty<sup>1506</sup>, ao mencionar as regras aplicáveis às relações esportivas transnacionais. O peso relativo de uma organização como a FIFA ou do Comitê Olímpico Internacional, levando-se em conta a quantidade de verbas movimentadas e a penetração social internacional de tais instituições, mostra que o tema é tudo, menos irrelevante.

Afirma Latty<sup>1507</sup>, que em certos setores, como é o caso dos esportes, a regra segundo a qual as relações contratuais transnacionais, entre pessoas privadas, seriam normalmente reguladas pelo direito interno, segundo as regras de conexão do Direito Internacional Privado, foi temperada. Em função dessas realidades sociais, surgiram instâncias jurídicas não-nacionais, na origem de regras uniformes emanadas de atores privados. O que Latty<sup>1508</sup> alega ter ocorrido com a *lex sportiva*, como chama, por analogia com a *lex mercatoria*.

Um teórico que examina a questão, de um ponto de vista mais amplo, é Beck<sup>1509</sup>. Ele aduz que a superação do "nacionalismo metodológico" e sua substituição pelo "cosmopolitanismo metodológico" é obtido pela volta às coisas concretas, porque é uma realidade social a cosmopolitização. Nessa cosmopolitização, as relações nacionais-nacionais abrem espaço para o padrão relacional translocal, local-global, transnacional, nacional-global e global-global<sup>1510</sup>. O que vale para relações sociais, em geral, certamente, há de valer para uma de suas variantes, que é o Direito. Lembra ele que, não apenas, as "elites do capital" habitam o espaço transnacional, como também os muçulmanos europeus, os movimentos de defesa de direitos, os emigrantes em geral, dentre outros<sup>1511</sup>.

---

<sup>1504</sup> Ibid. p.38/40.

<sup>1505</sup> Ibid. p.45/47.

<sup>1506</sup> LATTY, Franck. Les Règles Applicables aux Relations Sportives Transnationales. BERGE, Jean-Sylvestre; et al (Org.). **La Fragmentation du Droit Applicable aux Relations Internationales**. Paris: Pedone, 2011. p. 83/94.

<sup>1507</sup> Ibid. p. 84.

<sup>1508</sup> Ibid. p. 85.

<sup>1509</sup> BECK, Ulrich. **La Mirada Cosmopolita o la Guerra es la Paz**. op. cit. p. 107.

<sup>1510</sup> Ibid. p. 108.

<sup>1511</sup> Ibid. p.109.



Pela mesma razão, Walker<sup>1512</sup> enumera sete metaprincípios globais de autoridade jurídica: o Estado-soberanista, a hierarquia global, o unipolar, o regional, o da integridade, o do discurso jurídico e o pluralista.

O metaprincípio de autoridade jurídica Estado-soberanista, na sua versão forte, vê o sistema internacional como anárquico, tal como as Escolas Realistas. Na versão moderada, tem-se o Internacionalismo Liberal. O metaprincípio da hierarquia global, na sua versão forte, corresponde ao governo mundial ou Estado mundial. A sua versão moderada refere-se à estrutura piramidal com quaisquer normas e/ou instituições cosmopolitanas. O metaprincípio unipolar tem, na sua versão forte, a *Pax Americana*. A versão moderada apresenta a hegemonia liberal global. O metaprincípio regional, na sua versão forte, fala em ordem mundial dividida. Na versão moderada, em novo equilíbrio entre diferentes concepções regionais da ordem constitucional internacional. O metaprincípio "integridade", na sua versão forte, menciona o carácter universalizável das normas, através das diferentes ordens. A versão moderada, por sua vez, refere-se à coerência dos conflitos de normas entre ordens, como a proporcionalidade e a ponderação. O metaprincípio "discurso jurídico", na sua versão forte, diz que os domínios particulares do Direito (Direito Constitucional Internacional, Direito Administrativo Global, Novo *jus gentium*) dominam o discurso jurídico. A sua versão moderada refere-se à extensão e aplicação, no nível global, de um discurso de conceitualização e de imaginação, associado a um domínio jurídico particular. Por fim, o metaprincípio pluralista, na sua versão forte, menciona a nova anarquia das formas e das relações jurídicas. Na sua versão moderada, no entanto, fala de um modelo de contra-poder, de baixo para cima.<sup>1513</sup>

Assim, a narrativa sobre o Direito global ou transnacional está ancorada nessa diversidade e complexidade de metaprincípios de autoridade jurídica ou "ordens de ordens". Se não é simples identificar a fonte da autoridade jurídica, em termos teóricos, em uma dada realidade social, é porque há um vácuo no exercício da mencionada autoridade, em termos fáticos. Até que houvesse surgido, no século XX, o início da ideia de um sistema internacional, que chegou a levar a tentativas de construção de um Estado mundial, caso se perguntasse a fonte da autoridade jurídica a qualquer leigo, a resposta seria o Estado soberano. Assim foi por algo em torno de trezentos anos.

---

<sup>1512</sup> WALKER, Neil. Au-Delà des Conflits de Compétence et des Structures Fondamentales: Cartographie du Désordre Global des Ordres Normatifs. FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel. **Repenser le Constitutionnalisme à L'Âge de la Mondialisation et de la Privatisation**. Paris: Société de Législation Comparée, 2011. p. 62.

<sup>1513</sup> Ibid. p. 62.

Só é possível falar, atualmente, de um Direito de origem não-estatal, seja na esfera interna, seja no espaço transnacional recentemente formado, porque privatizou-se o poder soberano do Estado, através da mudança econômica.

É bem verdade, não há apenas um "direito universal", como lembra Ost<sup>1514</sup>. Já na Antiguidade e na Idade Média, fazia-se referência à lei universal perfeita, de origem religiosa. Posteriormente, com a Renascença, surge a versão racionalista dessa lei universal perfeita. Mais recentemente, aparece a versão da lei universal de inspiração pragmática, no Direito da globalização.

Mas, essa privatização não chegou somente ao poder soberano normativo, no campo interno ou internacional, aplicando-se, igualmente, ao poder soberano de dizer o Direito, em última instância.

### 3.3.1.2 A Privatização da Administração da Justiça Internacional

Sem embargo, no campo da administração da Justiça Internacional, o formato de tribunais permanentes - como a Corte Permanente de Justiça Internacional e a Corte Internacional de Justiça - perde espaço para outros mecanismos de solução de controvérsias.

Com efeito, se foram identificados mais de 125 corpos judiciariformes internacionais, desde 1868 até 1990, somente existiam seis deles, que eram permanentes<sup>1515</sup> - a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (que, a rigor, deve ser entendido como um tribunal comunitário, que julga segundo o Direito Comunitário, portanto, um direito interno e afastando-se das categorias tradicionais do Direito Internacional, em função da criação de entes supranacionais na União Europeia), a Corte de Justiça da Comunidade Andina, a Corte de Justiça da União Econômica BENELUX, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A opção por cortes transitórias, em detrimento das permanentes, importa em uma desinstitucionalização do aparato julgador internacional, revertendo uma tendência de institucionalização, que existia, desde a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional<sup>1516</sup>, simbolizando a emergência de um Poder Judiciário internacional. Como salienta D'Aspremont, as próprias manifestações da Corte Permanente de Justiça

---

<sup>1514</sup> OST, François. op. cit. p. 3/6.

<sup>1515</sup> LINTON, Suzannah. **The International Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals**. Chicago: Chicago Journal of International Law, vol. 9, n. 2, artigo 4, 2009.p. 409.

<sup>1516</sup> D'ASPREMONT, Jean. **The Permanent Court of International Justice and Domestic Courts: A Variation in Roles**. Amsterdam: Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, n. 21, 2011. p. 1.

Internacional, em seus julgamentos<sup>1517</sup>, deixava clara a intenção da mesma de atuar como "o Poder Judiciário" do ambiente internacional.

Com efeito, no Caso Alta Silésia<sup>1518</sup>, ela declarou-se "órgão do Direito Internacional", no Caso dos Empréstimos Brasileiros<sup>1519</sup>, "tribunal do Direito Internacional" e no Caso Mavrommatis<sup>1520</sup>, afirmou que "a sua jurisdição era internacional"<sup>1521</sup>.

Assim, não deixa de ser notável o crescimento relativo dos números de tribunais arbitrais *ad hoc* e de casos por eles julgados, frente ao número de tribunais internacionais permanentes e a quantidade para eles distribuída, o que revela uma escolha<sup>1522</sup> pelos métodos de solução de controvérsia *ad hoc*.

Por que se daria tal escolha, pelos próprios Estados? Em primeiro lugar, os tribunais *ad hoc* responderiam melhor a situações de emergência, segundo Tiba<sup>1523</sup>. Não é possível, porém, concordar com essa opinião generalizada, porque, por exemplo, no caso do Direito do Mar, as medidas cautelares ficam a cargo do tribunal permanente - ITLOS, sediado em Hamburgo, para que, posteriormente, os Estados escolham as várias possibilidades de métodos de solução de controvérsias, que a Convenção de Montego Bay proporciona. Exatamente, porque a constituição de um tribunal *ad hoc* poderia levar muito tempo<sup>1524</sup>, assim como a escolha de suas regras, podendo o bem jurídico perecer, nesse ínterim.

Outra razão fornecida por Tiba são as forças da política doméstica<sup>1525</sup>, de modo que, a atitude perante os mecanismos internacionais de solução de controvérsias é determinada pelas atitudes políticas domésticas prevalentes.

Daí decorre que os tribunais permanentes jamais chegaram a se afirmar completamente, no ambiente jurídico internacional, o que é demonstrado pela força e vigor dos demais meios de solução de controvérsias, depois de tantos anos de sua instalação.

Mais do que isso, os Estados começam a submeter-se a tribunais arbitrais, para litigar com particulares, como se particulares fossem<sup>1526</sup>, o que era inimaginável, anos atrás. Eles o

---

<sup>1517</sup> Ibid. p.3/4.

<sup>1518</sup> [http://www.icjciij.org/pcij/serie\\_A/A\\_07/17\\_Interets\\_allemands\\_en\\_Haute\\_Silesie\\_polonaise\\_Fond\\_Arret.pdf](http://www.icjciij.org/pcij/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf) . p. 7.

<sup>1519</sup> [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_20/64\\_Emprunts\\_Bresiliens\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/64_Emprunts_Bresiliens_Arret.pdf).

<sup>1520</sup> [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_02/06\\_Mavrommatis\\_en\\_Palestine\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf).

<sup>1521</sup> D'ASPROMONT, Jean. **The Permanent Court of International Justice and Domestic Courts: A Variation in Roles**. op. cit.. p.3.

<sup>1522</sup> TIBA, Firew Tebede. op. cit. p. 221.

<sup>1523</sup> Ibid. p. 221.

<sup>1524</sup> WOLFRUM, Rudiger. **Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea**. Berlim: Springer. Indian Journal of International Law, vol. 37, n.3, 1997.p. 434.

<sup>1525</sup> TIBA, Firew Tebede. op. cit. p. 222.

fazem, sob pena de serem aliados dos fluxos de capital e tecnologia transnacionais, de modo que “um ato privado vincula condutas soberanas”<sup>1527</sup>, turvando a outrora firme distinção público-privado, como ocorre nos tratados bilaterais de investimentos. Deveras, os tribunais arbitrais *ad hoc*, dos tratados bilaterais de investimentos, nos quais, investidores privados litigam contra Estados, são também marcos da, atualmente, mal delineada fronteira entre o Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Isso se deve à “retirada do Estado”, na feliz expressão de Susan Strange<sup>1528</sup>. No referido livro, a provocativa autora sustenta que há, sim, um declínio no poder do Estado, do ponto de vista geral, mas que, apesar disso, há paradoxos, como é o caso do aparente aumento da intervenção do Estado na vida cotidiana das pessoas e o fato de cada vez mais sociedades querer se autonomizar, formando Estados, como se dá com os catalães ou os corsos<sup>1529</sup>.

Interessante notar que o termo “privatizado” – entendendo a tese que a Nova Idade Média, correspondente social da hegemonia econômica do padrão de acumulação flexível, decorre da alienação do poder político-jurídico, em benefício de entes não-estatais - é utilizado por Van Harten, ao referir-se a essas arbitragens, às quais os Estados têm se submetido, ao referir-se ao fato de particulares, não juízes, constituem a autoridade a determinar o que significa “soberania jurídica”. De fato, nos tratados de investimentos, os Estados delegam a árbitros privados a jurisdição total em matéria de Direito Público, acerca de reclamações formuladas por particulares.<sup>1530</sup>

Em que pese o fato dos Estados ou empresas estatais, nos tratados bilaterais de investimento, costumarem ser réus em arbitragens iniciadas por particulares, não é habitual que eles iniciem os procedimentos arbitrais contra investidores privados, optando por fazê-lo nas próprias cortes nacionais<sup>1531</sup>.

No que toca às arbitragens movidas contra Estados soberanos, há ainda o problema do cumprimento da decisão – evidentemente, quando o Estado soberano ou a sua empresa são derrotados -, tendo em vista a existência da imunidade de jurisdição e da imunidade de

<sup>1526</sup> VAN HARTEN, Gus. **The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State**. Cambridge: International and Comparative Corporate Law Quarterly, vol. 56, n. 2, 2007.p. 377/378.

<sup>1527</sup> Ibid.p.393. *Verbis*: “What is exceptional is that private contractors rather than tenured judges are left to manage the legal construction of the public sphere, without rigorous supervision by courts. The ultimate authority to determine what juridical sovereignty means is itself privatized.”

<sup>1528</sup> STRANGE, Susan. **The Retreat of the State. The Diffusion of the Power in the World Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p.1/218.

<sup>1529</sup> Ibid. p.3/4.

<sup>1530</sup> VAN HARTEN, Gus. op. cit. p.393.

<sup>1531</sup> LEVY, David J. **International Litigation. Defending and Suing Foreign Parties in U.S. Federal Courts**. Washington: American Bar Association, 2003.p. 181.

execução, cuja interpretação, acerca do alcance, vai depender do ordenamento jurídico nacional, de algum modo.

Assim, por exemplo, a Convenção Europeia sobre a Imunidade do Estado<sup>1532</sup> prevê, em seu artigo 12, que, quando o Estado aceita submeter-se à arbitragem, não pode alegar imunidade de jurisdição. Porém, isso não se aplica à arbitragem entre Estados. Estranhamente, o particular tem maior facilidade de desvencilhar-se de um atributo de soberania, que outro Estado.

No entanto, no que diz respeito à imunidade de execução, o artigo 23 da mesma convenção<sup>1533</sup>, estipula uma proibição geral de execução dos bens do Estado. Naturalmente, cada Estado europeu pode abrir mão dessa proibição geral, contida na convenção, seguindo as regras gerais do Estado contratante.

Menciona Sharma<sup>1534</sup> que a Convenção Internacional para o Estabelecimento de Disputas sobre Investimentos (ICSID) prevê que os Estados se absterão de invocar a defesa com base em imunidade soberana. Porém, o Caso FG Hemisphere Associates LLC vs. República Democrática do Congo e outros<sup>1535</sup>, teria reacendido a discussão, que parecia estabilizada, na prática das arbitragens perante a ICSID. Nesse caso específico, a defesa baseada em imunidade de jurisdição não havia sido levantada, quando da fase arbitral, que ocorreu na França e na Suíça, de acordo com as regras ICC (Câmara Internacional de Comércio). Um complicador do caso foi que a República Democrática do Congo não era parte da Convenção de Nova Iorque, de modo que, não se poderia pressupor que o referido Estado houvesse aberto mão da imunidade de execução, especificamente<sup>1536</sup>.

Pelos argumentos deduzidos no artigo, não é difícil perceber que, por força de acordos internacionais sobre investimentos e sobre arbitragem, os Estados nacionais optam por restringir os seus poderes soberanos, aceitando litigar com particulares em tribunais arbitrais *ad hoc*, como se particulares fossem, bem como, para permitir a entrega de bens seus aos ditos particulares, no caso de derrota no procedimento arbitral. O que é difícil saber é se essa liberalidade representa realmente uma escolha.

---

<sup>1532</sup> [http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/en/ce-csi1/trt\\_ce\\_csi1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/en/ce-csi1/trt_ce_csi1.pdf). Acesso em 22/10/2016. 00:32 h.

<sup>1533</sup> [http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/en/ce-csi1/trt\\_ce\\_csi1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/en/ce-csi1/trt_ce_csi1.pdf). Acesso em 22/10/2016. 00:32 h.

<sup>1534</sup> SHARMA, Rajesh. **Enforcement of Arbitral Awards and Defense of Sovereignty: The Crouching Tiger and the Hidden Dragon**. In <https://www.ulapland.fi/loader.aspx?id=9d3552eb-bc97-4627-9933-81bea431ec16>. Acesso em 22/10/2016. 00:40 h. p. 253.

<sup>1535</sup> <http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1302552.html>. Acesso em 12/12/2016. 16:40 h.

<sup>1536</sup> SHARMA, Rajesh. op. cit. p. 258.

Para responder a essa indagação, afirma Paulsson que os Estados aceitam tais condições, para ter acesso ao capital internacional, pelo menor custo possível<sup>1537</sup>. Pergunta o doutrinador, se a restrição voluntária dos poderes soberanos constituiria uma violação à soberania. Caso negativo, se é possível escolher soberanamente pela restrição voluntária de tais poderes, por que assim procederiam os Estados? Por fim, questiona qual seria a boa prática dos Estados, quando se assume um compromisso dessa natureza?<sup>1538</sup>

A sua resposta é a de que os Estados têm bons motivos para aceitar essas limitações à sua conduta futura. Seja para exercitar liderança, pode ser expressão da vontade popular ou interesse próprio, por exemplo, em obter capitais pelo menor preço possível.<sup>1539</sup> Por fim, os Estados deveriam respeitar os procedimentos arbitrais e seus resultados, porque seria o decente a ser feito, bem como, porque os investidores, no longo prazo, teriam um bom conceito do referido Estado.<sup>1540</sup> Pode ser.

Porém, não há como questionar, que a necessidade dos Estados abrirem mão de poderes soberanos, para agradar o mercado, em troca de um prato de lentilhas, perante um ente judiciariforme privado, representa uma forma de privatização da administração da Justiça, que agora, tem o soberano no banco dos réus e no livro de penhora.

### 3.3.1.3 A Privatização dos Atos Jurídicos Materiais, na Guerra e na Paz

Mas, os Estados nacionais também alienam o poder de praticar determinados outros atos, com relevância para o Direito Internacional, em favor de particulares. Assim o é, por exemplo, com a transferência de funções de forças armadas regulares ou polícias para tropas paramilitares mercenárias, o que soía ocorrer, antes do alistamento obrigatório, quando se contratava mercenários. Assim o era na Idade Antiga, na Idade Média e na Idade Moderna, porque o alistamento militar obrigatório é algo relativamente recente – ocorreu, pela primeira vez, com a Lei Jourdan-Delbrel, de 1789, no curso da Revolução Francesa<sup>1541</sup>.

Afirma Catros<sup>1542</sup>, que o projeto de conscrição militar, de 20/07/1798, proposto ao Conselho dos Quinhentos, em nome de uma Comissão Militar, foi uma verdadeira revolução das instituições militares, que servia, não apenas, para assegurar a defesa da República, mas, para criar um aparato militar adaptado a um Estado de Direito.

<sup>1537</sup> PAULSSON, Jan. **The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners**. Oxford: Journal of International Disputes Settlement, vol. 1, n. 2, 2010.p. 341.

<sup>1538</sup> Ibid. p. 341.

<sup>1539</sup> Ibid. p. 342/344.

<sup>1540</sup> Ibid. p. 351.

<sup>1541</sup> [http://histegeo.org/EED\\_conscription.pdf](http://histegeo.org/EED_conscription.pdf). Acesso em 22/10/2016. 10:42 h.

<sup>1542</sup> CATROS, Philippe. **"Tout Français est Soldat et se Doit à la Défense de la Patrie" (Retour sur la Naissance de la Conscription Militaire)**. Paris: Annales Historiques de la Révolution Française, vol. 348, abril-junho/2007. p. 1/2.

A conscrição militar, consoante o artigo primeiro da referida lei, parte do princípio que "todo francês é um soldado e se doa à defesa da Pátria", porque, em um Estado livre, concorrer à defesa do Estado é visto como um dever e um direito<sup>1543</sup>.

O modelo trazido pela Lei Jourdan é um contra-modelo dos sistemas em uso na Antiguidade e na Idade Moderna, em especial, no "*Ancien Régime*", quando "um governo despótico necessitava ter a soldo um exército, que, ao vender a sua liberdade, se submete para tornar-se instrumento de uma vontade suprema"<sup>1544</sup>.

Ora, o modelo francês de conscrição militar espalhou-se pelo mundo e tornou-se hegemônico, durante o período do Liberalismo Clássico, perdurando durante o período fordista.

Na atualidade, ocorre um fenômeno similar, ao que ocorria antes do chamado ao serviço militar, visto como um ato de cidadania, de defesa da Nação<sup>1545</sup>. Inicialmente, houve a profissionalização<sup>1546</sup> de determinados contingentes das tropas regulares, o que ocorreu, nos Estados Unidos, em 1973. Posteriormente, retornaram os soldados mercenários<sup>1547</sup>, logo após o fim da Guerra Fria.

Na realidade, os contingentes militares contratados nunca deixaram de existir e atuar<sup>1548</sup>, mas, durante o período em que a conscrição foi hegemônica, eles não tinham a importância que voltaram a ter hoje.

Convém detalhar os dois fenômenos - profissionalização e mercenarização -, para tentar compreendê-los, de uma forma mais ampla, estabelecendo uma comparação com o período da conscrição militar.

No que toca à profissionalização, ela foi adotada com o fim do serviço militar obrigatório, em 1973, através do All-Volunteer Force Act (AVF), que teria sido incentivado pelos adeptos do livre mercado, como Milton Friedman, como uma forma de melhorar as Forças Armadas, obtendo melhores recrutados.<sup>1549</sup> Já se nota, aí, a influência do padrão de acumulação flexível sobre a mudança nos atos materiais dos Estados soberanos, inclusive os militares, eliminando a relação entre defesa da Nação/Estado com direitos e deveres de

---

<sup>1543</sup> Ibid. p. 5.

<sup>1544</sup> Ibid. p. 7.

<sup>1545</sup> Ibid. p. 5.

<sup>1546</sup> BOLTON, John. **The Price of Professionalization**. Bethesda: Small Wars Journal, 25/12/2015.p. 3.

<sup>1547</sup> McFATE, Sean. **What Does the Return of Mercenary Armies Mean for the World**. In <https://aeon.co/essays/what-does-the-return-of-mercenary-armies-mean-for-the-world>. Acesso em 22/10/2016.11:27 h. p. 6.

<sup>1548</sup> Ibid. p. 10.

<sup>1549</sup> BOLTON, John. op. cit. p. 3.

cidadão<sup>1550</sup>, em benefício de critérios técnicos. Ou seja, despolitizando e desjuridicizando a razão pública.

Mais do que isso, houve uma deterioração na relação entre os militares e a sociedade civil, o que se materializa na queda do número de veteranos de guerra no Congresso Nacional, no afastamento das bases militares de locais populosos, o que importou em um isolamento da classe militar<sup>1551</sup>, tal como teria ocorrido em Roma, quando ocorreu a reforma de Gaius Marius, em 107 A.C.<sup>1552</sup>. O que ocorreu foi que, em menos de cinquenta anos, a República, que sempre havia utilizado cidadãos, em suas tropas, estava morta, sendo substituída pela autocracia<sup>1553</sup>.

Conclui Bolton<sup>1554</sup>, afirmando que o processo de profissionalização das tropas teria gerado o efeito da perda de responsabilidade cívica, nos militares. Naturalmente, não se pode ser ingênuo de achar que as mudanças trazidas pelo padrão de acumulação flexível, não tenham a intenção de enfraquecer o Estado nacional soberano, de modo que, a eliminação da consciência cívica dos cidadãos, sejam eles militares ou civis, é um caminho natural. Também é remedievalização, porque, naquele período, a lealdade dos combatentes era ao dinheiro.

Com efeito, nada mais óbvio que o passo que se seguisse, fosse a mercenarização das Forças Armadas, para que elas perdessem o contato com o Estado, a soberania e todos aqueles símbolos da Modernidade.

McFate<sup>1555</sup> enxerga essa associação entre Idade Média e mercenarização, ao afirmar que os paralelos entre as companhias privadas militares da Idade Média e da Contemporaneidade são muitos. Afirma que, hoje, a superpotência, outros países e mesmo particulares empregam "contratados" - na Idade Média Italiana, utilizava-se o termo "*condottieri*", com o mesmíssimo sentido -, para atuar nos locais mais perigosos do mundo<sup>1556</sup>.

Em ambos os casos, há, portanto, um contrato - na Idade Média Italiana, o "*condotte*" - ; organizam-se em companhias (DynCorp, Triple Canopy ou Blackwater, atualmente; Companhia da Estrela, Companhia do Chapéu ou Companhia Branca, na Idade Média); vendem-se a quem pagar mais; originam-se de diferentes países, sendo leais ao contracheque;

---

<sup>1550</sup> Ibid. p. 4.

<sup>1551</sup> Ibid. p. 4/5.

<sup>1552</sup> Ibid. p.2.

<sup>1553</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1554</sup> Ibid. p.10.

<sup>1555</sup> McFATE, Sean. op. cit. p. 1.

<sup>1556</sup> Ibid. p. 1.



atuam como exércitos privados, especialmente terrestres, de forma militar, mais do que policial<sup>1557</sup>.

Hoje, eles são empregados por Estados (como os Emirados Árabes Unidos, para os combates contra os xiítas, no Iêmen; Nigéria contra o Boko Haram; Rússia contra os ucranianos e pelos norte-americanos, ao redor do mundo), de ONG's humanitárias - como ocorreu em Darfur - e de empresas transnacionais - como se dá no combate aos piratas, no Mar de Omã<sup>1558</sup>. Provavelmente, também por indivíduos. Os novos atores do Direito Internacional, assumindo funções tipicamente soberanas, como fazer a guerra, uma característica dessa Nova Idade Média, do capitalismo flexível.

O final da Guerra Fria, como assinala McFate<sup>1559</sup>, observa uma ressurgência do fenômeno, sendo o primeiro exemplo do moderno mercenarismo a empresa Executive Outcomes, formada na África do Sul, com o fim do "Apartheid", a partir de contingentes de forças especiais sul-africanas, a qual, atuou em conflitos em Angola, Moçambique, Uganda e Quênia. Recentemente, o Secretário-Geral das Nações Unidas recusou-se a aceitar o seu oferecimento para acabar com o genocídio em Ruanda, sob o argumento de que "o mundo não estaria pronto para privatizar a paz"<sup>1560</sup>. Dois lados do mesmo poder soberano: declarar a guerra e negociar a paz, conforme Bodin<sup>1561</sup>. Não se privatiza a paz, mas a guerra já foi privatizada, há muito tempo.

Além dos atos materiais militares, muito outros são objeto de alienação, porque a maior parte das funções públicas passa por esse processo, pouco importando, se são atos de gestão ou de soberania.

Isso tem relevância para o Direito Internacional, na questão do controle e da responsabilidade dos Estados, o que também contribui para a dita fragmentação do Direito Internacional.

Se o princípio geral da responsabilidade, no caso de fatos de particulares, é o de que o Estado nunca é responsável por eles, porque os seus atos não lhe podem ser atribuídos<sup>1562</sup>, exceto no caso não ter tomado precauções para prevenir incidentes ou proteger vítimas, como no Caso dos Reféns no Irã<sup>1563</sup>, por outro lado, na medida em que a realidade fática e cultural se transforma, justifica-se a mudança - não apenas uma "*rebeldia*" do Tribunal Penal *ad hoc*

---

<sup>1557</sup> Ibid. p. 2.

<sup>1558</sup> Ibid. p. 2.

<sup>1559</sup> Ibid. p. 6..

<sup>1560</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1561</sup> BODIN, Jean. op. cit. p. 76.

<sup>1562</sup> DIHN, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit. p. 793.

<sup>1563</sup> Ibid. p. 794.

da Antiga Iugoslávia, mas uma adaptação dos tribunais internacionais à alteração da realidade fenomenológica - da jurisprudência internacional, do Caso Nicarágua, para os Caso Rajic e Tadic<sup>1564</sup>, como já tratado anteriormente.

A esse respeito, comenta Francioni<sup>1565</sup> que a recente tendência de terceirização de forças armadas, com o emprego de atores privados, intensificada com as guerras do século XXI - em especial, Afeganistão e Iraque -, traz algumas consequências. A consequência política do fenômeno é a diminuição da efetividade do controle democrático sobre as Forças Armadas. No campo internacional, existe a dúvida se os instrumentos, atualmente existentes, no campo dos Direitos Humanos, seriam oponíveis e vinculantes, em relação a atores privados. Também se questiona se, pelo fato de atuarem fora do território do Estado de origem ou da União Europeia - como já se viu, em comentário anterior -, essas companhias privadas estariam fora do alcance de aplicação das obrigações, relacionadas a esses direitos<sup>1566</sup>.

Assim, em princípio, no nível das normas secundárias, um Estado não poderia ser responsabilizado por falhar em prevenir abusos, cometidos por militares privados contratados, ou ainda, por não terem provido remédios adequados ou persecução penal, a não ser que haja algum grau de controle sobre a conduta, que teria causado o abuso.<sup>1567</sup> O que não deixa de ser irônico, porque os mercenários são utilizados pelos Estados, exatamente, com a intenção de fazer aquilo que os militares não podem fazer, sem gerar responsabilidade internacional ou responsabilização pessoal por crimes de guerra ou contra a humanidade.

Ou seja, aproveitando-se do vácuo jurídico criado pela divergência de entendimento, existente entre a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, o que, nada mais é que fragmentação.

Afirma Francioni<sup>1568</sup> que o problema se complica, ainda mais, quando eles são contratados por organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas, União Europeia ou a Organização do Tratado do Atlântico Norte, porque se recairia no elusivo conceito de responsabilidade de organização internacional, que ainda estaria em fase de codificação, na Comissão de Direito Internacional. O autor afirma que os remédios domésticos variam muito e que não há sucesso, nas tentativas de responsabilizar tais companhias privadas por danos causados.

---

<sup>1564</sup> Ibid. p. 792.

<sup>1565</sup> FRANCIONI, Francesco. **Private Military Contractors and International Law: An Introduction**. Fiesole: The European Journal of International Law, vol. 19, n. 5, 2008. p. 962.

<sup>1566</sup> Ibid. p. 962.

<sup>1567</sup> Ibid. p. 962.

<sup>1568</sup> Ibid. p. 962.

Assim, a privatização dos atos materiais dos Estados soberanos, no Direito Internacional, tem causado perplexidades, o que não é de se estranhar. Mas, a privatização se estende aos próprios sujeitos do Direito Internacional, porque forma-se uma sociedade global não-estatal, que faz lembrar a *societas gentium*.<sup>1569</sup>

### 3.3.1.4 A Privatização dos Sujeitos de Direito Internacional: o Cosmopolitismo e as Redes

Com efeito, Cançado Trindade, fazendo referência a Vitoria, afirma que o *jus gentium* assegurava a unidade da *societas gentium*.<sup>1570</sup> O *jus gentium* se aplicaria a todos os povos e nações, independentemente de sua vontade, enquanto a *societas gentium* seria a "expressão fundamental da unidade da humanidade".<sup>1571</sup> Dessa forma, o *jus gentium* fornecia o fundamento jurídico para o *totus orbis*.

Segundo Macedo<sup>1572</sup>, referindo-se à opinião de Vitória, o *totus orbis* "constitui uma instância legislativa superior à mera soma de todos os seus membros", sendo a orbe um "corpo natural e orgânico, cujos membros são as repúblicas". Não se pode deixar de notar que, no "Direito Internacional", da Idade Média, o que poderia ser considerado como um "Estado" mundial seria apenas uma "*Gestalt*", enquanto o seu direito, por sua vez, constituiria um verdadeiro sistema.

Macedo<sup>1573</sup> também chama a atenção para um detalhe, que tem proporcionado muitas confusões, na História do Direito Internacional. Vitória, não por erro na tradução das Institutas, substituiu "*homines*" por "*gentes*". Propositalmente, ele inaugura a Modernidade no Direito Internacional, ao colocar os povos como sujeitos de Direito Internacional, não mais os homens, individualmente considerados. Dessa forma, o Direito Internacional não seria mais confundido com o direito natural.

Não deixa de ser irônico, então, notar que a Nova Idade Média se abate sobre o Direito Internacional, levando-o, novamente, a uma época pré-Vitória, com a privatização dos seus sujeitos e a colocação dos indivíduos e das redes, no lugar dos Estados ou Nações, como atores da sociedade global. Agora, sob nova direção e com o nome de "comunidade" global. Isso se dá por dois movimentos distintos: o Cosmopolitismo e a formação das redes. Convém estudá-los.

<sup>1569</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10.

<sup>1570</sup> Ibid. p. 10.

<sup>1571</sup> Ibid. p. 10.

<sup>1572</sup> MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. **O Mito de Francisco de Vitoria: Defensor dos Índios ou Patriota Espanhol?** Brasília: Revista de Direito Internacional, vol. 9, n. 1, p. 5.

<sup>1573</sup> Ibid. p. 5.

No que toca ao cosmopolitismo, afirma Brunkhorst<sup>1574</sup>, que a primeira ordem cosmopolita foi a que imperou na Europa Ocidental, após a Revolução Papal, do final do século XI, sendo o lento início da construção do Estado Moderno, porque o primeiro Estado Moderno a emergir, teria sido o Estado Universal da Igreja.

Não é verdadeiramente espantoso, que, para se chegar ao Estado Moderno, vindo da anomia do final do Império Romano, se tenha de ter passado por uma ordem cosmopolita, antes? Mais ainda, que, nesse processo de remedievalização, o fim do Estado Moderno e das instituições correlatas, se dê, através da passagem para uma "comunidade" internacional cosmopolita? É como ir e voltar pela porta giratória da História.

A Igreja daquela período teria sido a "primeira burocracia racional", "organização moderna", "exército disciplinado de poder administrativo", fazendo-se referência a Weber<sup>1575 1576</sup>. Ele seria algo como uma confederação universal, de modo que, o poder político, a esfera religiosa e a ordem jurídica formariam um "sistema constitucional" completamente "juridicizado"<sup>1577</sup>. Assim, se teria uma "ordem cosmopolita juridicamente organizada", porque haveria um "contínuo internamente diferenciado"<sup>1578</sup>. Como consequência, o "discurso ético cosmopolita do amor fraternal universal" estava encarnado no sistema jurídico, produzindo efeitos concretos<sup>1579</sup>.

Qual a diferença para a Respublica dos Direitos Humanos? Substituiu-se o "amor fraternal universal" por "direitos fundamentais" ou "direitos humanos", porque o Direito já havia passado pelas três ondas, a que se refere Goyard-Fabre<sup>1580</sup>, de modo que, o discurso jurídico seria mais palatável que o ético-filosófico. Por isso, a terceira condição para a Paz Perpétua, ser referida, insistentemente, como jurídica e não "filantrópica", já existindo a preocupação de isolar o discurso jurídico do ético-filosófico, naquela época.<sup>1581</sup>

Alega Brunkhorst<sup>1582</sup> que foi a Reforma Protestante a responsável pela eliminação do Estado cosmopolita da Igreja, de modo a substituí-lo pelo Estado Territorial, o que viria a tornar-se o Estado Moderno.

---

<sup>1574</sup> BRUNKHORST, Hauke. op. cit. p. 11/12.

<sup>1575</sup> Ibid. p. 11/12.

<sup>1576</sup> WEBER, Max. **Economía y Sociedad. Livro IV. Tipos de Dominación.** op. cit. p. 302. Afirma Weber que a hierocracia conduz à estereotipação e à empresa sacerdotal racionalmente organizada, da administração dos bens da salvação.

<sup>1577</sup> BRUNKHORST, Hauke. op. cit. p.12.

<sup>1578</sup> Ibid.p.12.

<sup>1579</sup> Ibid. p.12.

<sup>1580</sup> GOYARD-FABRE, Simone. op. cit. p. XIX.

<sup>1581</sup> NOUR, Soraia. op. cit. p.55.

<sup>1582</sup> BRUNKHORST, Hauke. op. cit. p.14.

Em seguida, vêm as Revoluções Americana e Francesa e a Paz Perpétua de Kant. Este último evento foi o primeiro, em muito anos, a fazer o Direito retornar ao período pré-Vitória, porque, além das duas categorias habituais do direito interno estatal e do *jus gentium*, Kant referiu-se ao Direito Cosmopolita, de todos os cidadãos do mundo, que não são considerados como membros de seus respectivos Estados, mas, membros de uma sociedade universal<sup>1583</sup>. Esse Direito Cosmopolita seria a terceira condição positiva para a paz, vista como um princípio jurídico, não ético<sup>1584</sup>.

Tal Direito Cosmopolita incluiria o direito de visita e hospitalidade, não mais que isso, em uma crítica à conquista de povos não-europeus.<sup>1585</sup> Pressupunha, igualmente, o direito ao próprio corpo e o direito à liberdade.<sup>1586</sup>

Evidentemente, se todas as pessoas têm o direito de circular pelo planeta, o qual, de algum modo, lhes pertence também, há aí um embrião do direito de livre circulação de pessoas e bens, que é, exatamente, um dos pressupostos do padrão de acumulação flexível, que se apoia na ideia de liberdade e desregulamentação. Um Direito Cosmopolita, dos cidadãos do planeta, também exclui o Estado, o que tem a ver com o processo de desestatização da sociedade, da economia global e da própria política.

Kant vai além e concebe a ideia de um *Foedus Amphictyonum*, uma grande sociedade das nações, que fosse capaz de administrar o Direito, de modo universal.<sup>1587</sup> Assim, ao final da História, "um Estado cosmopolítico" se estabeleceria, inevitavelmente, o que pressuporia uma constituição civil e internacional, uma constituição cosmopolita e republicana<sup>1588</sup>. Há, porém o paradoxo, apontado por Goyard-Fabre<sup>1589</sup>, porque o Estado mundial não conseguiria atender às exigências de uma constituição republicana - porque ela define uma ordem pública estatal - , ao passo que generalizar o republicanismo apenas faria desaparecer a liberdade e a soberania dos diversos Estados, englobados pelo Estado mundial, que imporia uma legislação única.

Deveras, o Direito Internacional teria deixado de existir, restando somente um único direito interno, caso isso ocorresse, muito embora se possa, hipoteticamente, admitir que a federação kantiana viesse a se revestir do aspecto da atual Organização das Nações Unidas<sup>1590</sup>, que não é o *Foedus Amphictyonum* descrito por Goyard-Fabre.

<sup>1583</sup> NOUR, Soraia. op. cit. p. 54/55.

<sup>1584</sup> Ibid. p.55.

<sup>1585</sup> Ibid. p.56/57.

<sup>1586</sup> Ibid. p.56.

<sup>1587</sup> GOYARD-FABRE, Simone. op. cit. p. 331/332.

<sup>1588</sup> Ibid. p.334/335

<sup>1589</sup> Ibid. p.335.

<sup>1590</sup> Já tendo a História se encarregado de provar que essa forma mais frouxa não traz paz alguma, que dirá "perpétua".

Porém, o paradoxo apontado por Goyard-Fabre, na Paz Perpétua, é revisitado por filósofos como Habermas<sup>1591</sup>, quem até hoje discute o fato da globalização haver destruído a "constelação histórica" constituída por Estado territorial, Nação e economia em escala nacional, levando a uma "constelação pós-nacional". De fato, alega o filósofo, que as tendências, que levaram à constelação pós-nacional, são percebidas como desafios políticos, porque são analisadas, a partir da perspectiva estatocêntrica. Isso geraria desconfianças, por exemplo, sobre o futuro da democracia<sup>1592</sup>.

Sobre esse aspecto, alega-se que a existência de cinco tipos de crises, existentes no momento atual (econômica, ecológica, demográfica, tecnológica e violência) demonstrariam a necessidade de se reformular as instituições políticas, no plano global, diante do fracasso do Estado nacional e das organizações internacionais, em um ambiente de globalização<sup>1593</sup>. A qual, somente seria democrática, se a democracia também fosse globalizada, o que ocorreria, com a criação de instâncias transnacionais de participação, como um Parlamento global<sup>1594</sup>.

As crises às quais se refere Iglesias, também são referidas, mas em uma perspectiva de governança mundial, por Zerah, envolvendo riscos sistêmicos - que englobam as econômicas, as ecológicas e as demográficas -, geográficos e os associados à globalização; os quais, demandariam a ação de uma governança mundial pelas conferências permanentes, como o G5 e o G20, as instituições já existentes, as zonas monetárias e econômicas e as cimeiras mundiais<sup>1595</sup>.

Habermas afirma que teria sido vislumbrada, igualmente, uma perspectiva de que a política nacional se reduziria a um "gerencialismo" da adaptação necessária aos imperativos econômicos<sup>1596</sup>, termo que remete a alguns trabalhos de Koskenniemi, como já observado.

Na realidade, esse paradoxo reflete uma realidade fática e cultural, porque já se vive esse gerencialismo, a política já se transformou, pela ação do discurso tecnicista - por esse mesmo motivo, a "americanização das campanhas eleitorais"<sup>1597</sup> referida, mais a frente pelo próprio Habermas, e a questão da democracia na Respublica dos Direitos Humanos será objeto de estudo mais a frente.

Afirma, ainda, Habermas que, nos planos global, regional e internacional, surgiram formas de governo, que tornariam possível "um governo além do Estado", que compensariam

<sup>1591</sup> HABERMAS, Jurgen. **La Constelación Posnacional. Ensayos Políticos**. op. cit. p. 84.

<sup>1592</sup> IGLESIAS, Fernando A. **Globalizar la Democracia. Por um Parlamento Mundial**. Buenos Aires: Manantial, 2006.p. 24, 31/32.

<sup>1593</sup> Ibid. p. 31/32.

<sup>1594</sup> Ibid. p. 33.

<sup>1595</sup> ZERAH, Dov. op. cit. p. 21/196.

<sup>1596</sup> HABERMAS, Jurgen. **La Constelación Posnacional. Ensayos Políticos**. op. cit. p. 84.

<sup>1597</sup> Ibid. p. 84.

a perda de capacidade, em âmbitos funcionais, trazida pela globalização. Tal deslocamento de competências para o nível supranacional teria trazido à luz nichos de legitimidade, como ocorreria com organizações internacionais, conferências governamentais permanentes e organizações não-governamentais, que formam uma rede informal de instâncias reguladoras<sup>1598</sup> - o que se chama de "governança global" -, ainda que Habermas reconheça que lhes falte, ainda, de uma legitimação, pela falta de "procedimentos institucionalizados pelo Estado-nação"<sup>1599</sup>.

Estabelece-se, aí, uma conexão entre o Cosmopolitanismo e as redes supranacionais, porque, no processo, com a retirada involuntária do Estado territorial, foi necessário preencher esse espaço transnacional e realizar essas funções, antes inerentes aquele, pelos reguladores informais, que se organizam em redes. Logo, não resta dúvida de que o Cosmopolitanismo e a formação das redes transnacionais constituem formas de privatizar as funções exercidas pelo sujeito do Direito Internacional, por excelência.

Porém, a análise da privatização do Direito Internacional, nessa Nova Idade Média, também passa pelas modificações em seu conteúdo, porque a sociedade civil global - que forma uma cidadania ampliada - possui demandas globais a serem atendidas, o que motivou a mudança nos temas habituais dos tratados.

### 3.3.1.5 A Privatização do Objeto do Direito Internacional: a Cidadania Universal e os Novos Temas dos Tratados Internacionais

Indubitavelmente, a formação de uma sociedade civil global, com a subseqüente criação de uma cidadania ampliada, também no nível global, teve como resultado o surgimento de demandas globais novas - não que os problemas globais não existissem anteriormente.

A existência desses problemas de natureza global, como é o caso das migrações; escassez de recursos naturais e seu desperdício, pela poluição e consumismo; as seguidas crises financeiras e bancárias; as guerras internas e externas; o protecionismo; dentre outros, fizeram com que, em um primeiro momento - antes de falar em redes e em governança global -, se operasse uma transformação, quanto ao objeto do Direito Internacional, na passagem do padrão de acumulação fordista para o flexível, como já referido anteriormente, neste e em outro trabalho<sup>1600</sup>.

---

<sup>1598</sup> Ibid.p. 96/97.

<sup>1599</sup> Ibid.p. 96/97.

<sup>1600</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. op. cit. p. 307/317.

É o caso da responsabilidade social das empresas, da questão ambiental, nuclear, dos direitos humanos universais, segurança alimentar, interconexão de economias, regulação econômico-monetária, cultura, exploração do espaço exterior, crime organizado, dentre tantos outros temas<sup>1601</sup>.

Observa-se, desde já, que a superação dos temas tradicionais dos tratados e convenções internacionais, guarda uma íntima relação com a "retirada involuntária do Estado" do cenário jurídico-político, porque, ainda que o processo de industrialização estivesse relacionado, de alguma forma, com boa parte desses problemas de natureza global, o fato é que, somente a partir da década de setenta, quando o capital financeiro assumiu a hegemonia e o padrão fordista foi substituído, é que tais questões, alguma, já bastante idosas, começaram a espoucar.

Deveras, antes da década de setenta, já existiam as empresas multinacionais e as suas relações com os seus "*stakeholders*"; a poluição das águas e do ar já existia, em larga escala; já havia crise de oferta de algumas matérias-primas escassas, embora, não ainda, dos recursos energéticos; já tinham ocorrido guerras - inclusive, as duas mundiais - e seus refugiados; já existia imigração; crises de fome já assolavam o planeta; até mesmo, uniões regionais, especialmente, de natureza econômica ou alfandegária, já existiam. Muitos dos novos temas decorreram também do avanço tecnológico, por isso, não eram tão importantes, antes da década de setenta, como é o caso do avanço nas telecomunicações.

Assim, o que justificaria essa verdadeira invasão maciça de assuntos diferentes, nos tratados e convenções internacionais? O fenômeno é descrito por Weil<sup>1602</sup>, como uma das causas, para que se dissesse que o Direito Internacional teria perdido a sua identidade<sup>1603</sup>, porque teria deixado de ser um "sistema normativo, que regula as relações entre os Estados", com o que não concorda o doutrinador.

Afirma Weil que, atualmente, o Direito Internacional não é mais um Direito para chancelarias e diplomatas, regendo, atualmente, domínios cada vez maiores, que tocam a vida cotidiana dos cidadãos<sup>1604</sup> - o que, antes, era feito somente pelo direito interno, acrescenta-se. Não teria sido esse o primeiro passo para a sua transformação em Direito Transnacional ou Cosmopolitano?

---

<sup>1601</sup> Ibid. p.308/309.

<sup>1602</sup> WEIL, Prosper. **Le Droit International en Quête de son Identité. Cours Général de Droit International Public**. op. cit. p. 89/99.

<sup>1603</sup> Ibid. p. 89.

<sup>1604</sup> Ibid. p. 89.



Afirma que agora, não antes, o Direito Internacional cuida da proteção dos estrangeiros, do comércio, saúde pública, transporte e comunicações, economia e moeda, do espaço sideral e da proteção do meio-ambiente<sup>1605</sup>, invadindo campos que eram exclusivos dos Estados e do direito interno.

Essa ampliação fez com que, em alguns campos específicos<sup>1606</sup>, surgisse uma crise de identidade no Direito Internacional, como ocorre com o Direito Internacional Econômico, do Desenvolvimento e dos Contratos Públicos, pela sua autonomização.

Mas, nesse momento, interesse avaliar as razões, que levaram o Direito Internacional a ocupar áreas tradicionalmente ocupadas pelos direitos internos, já que, como visto, não se tratavam, em sua maior parte, de questões globais novas.

Alega-se que o surgimento de uma cidadania global, opinião pública internacional, sociedade civil global, teria ensejado o surgimento de um Direito, igualmente global. Logo, aqueles assuntos de escopo mundial, que anteriormente eram tratados, de forma parcial, pelo direito interno, passaram a ter uma vazão através das instituições existentes no meio transnacional, como as organizações internacionais, as organizações não-governamentais e outras<sup>1607</sup>. Evidentemente, para que essas instituições pudessem se exprimir, no meio global e serem ouvidas pela opinião pública global, foi necessária a revolução tecnológica, em especial, das telecomunicações<sup>1608</sup>.

Não se pode desprezar o poder de um câmbio tecnológico, porque ele é capaz de modificar paradigmas. A partir do momento em que as pessoas puderam se comunicar, a qualquer tempo e em qualquer lugar, produziu-se a forte compressão espaço-temporal, atualmente vivenciada, que criou a "cultura da virtualidade real", com a integração da comunicação eletrônica e o desenvolvimento das redes interativas<sup>1609</sup>.

Nessa nova realidade interativa, ocorreu o fim das "audiências de massa"<sup>1610</sup>, que só escutavam ou ouviam as mensagens do emissor, passando a emitir também as suas próprias mensagens.

Como a emissão, agora, de qualquer computador pessoal ou telefone celular, atinge qualquer lugar do mundo, as intermediações foram eliminadas e qualquer fato - como, por exemplo, maus tratos a animais ou vazamento de óleo em um litoral protegido - pode ser conhecido, por qualquer pessoa, em qualquer lugar.

---

<sup>1605</sup> Ibid. p. 89.

<sup>1606</sup> Ibid. p. 90/99.

<sup>1607</sup> AUBY, Jean-Bernard. op. cit. p. 162/163.

<sup>1608</sup> CASTELLS, Manuel. op. cit. p. 31.

<sup>1609</sup> Ibid. p. 369/408.

<sup>1610</sup> Ibid. p. 369/373.

Em sendo eliminadas as intermediações - veículos de comunicação de massa e o próprio Estado -, isso favoreceu o desenvolvimento de redes, que exigem providências de seus Estados, dos demais e de organismos internacionais, indistintamente.

Exatamente, como ocorreu no Caso MOX, que se tratava, em princípio, de um assunto tratado no direito interno do Reino Unido, que acabou por tomar proporções mundiais, pela pressão da opinião pública mundial, em razão do risco potencial causado ao universal "proteção ambiental do mar" - que é regulado, agora, não por uma norma estatal interna apenas, mas por uma convenção internacional, na quais, quase todos os Estados se fazem presentes. Convenção internacional com status "constitucional internacional"<sup>1611</sup>.

Há poucos anos, não se imaginava sequer viria a existir uma convenção internacional sobre esse tema, porque ele só passou a integrar a agenda internacional, na década de setenta, com a Convenção de Estocolmo, que se destinava à "Proteção da Saúde Humana e do Meio-Ambiente de Poluentes Orgânicos Persistentes".<sup>1612</sup>

Porém, essa abertura de temas para o Direito Internacional também se deveu ao aspecto da ampliação da escala econômica, bem como, ao enorme crescimento do comércio internacional e transnacional. Se o capital internacionaliza-se, há o interesse na padronização das normas, para fins de se obter segurança jurídica, o que é mais difícil de ser obtido, através da ação junto aos poderes constituídos de cada Estado envolvido nos cadeia produtiva, que são cada vez mais deslocalizadas, com já analisado, quando do estudo do padrão de acumulação flexível.

Assim, por força da evolução tecnológica, em especial, no campo das telecomunicações, a esfera de deliberação social deixou de localizar-se nas instituições do Estado territorial, para deslocar-se até o espaço transnacional. Foi necessário, por conseguinte, que o Direito regulasse essas questões. Uma demanda dirigida por grupos de indivíduos, reunidos ou não, em organizações não-governamentais contorna as instituições estatais, para ser regulada nesse espaço transnacional.

Não deixa de ser, igualmente, uma desestatização. Dessa feita, do conteúdo tratado pelo Direito Internacional.

Por fim, também a forma do Direito Internacional é privatizada, porque o modo de regulação é outro, como verificado a seguir.

### 3.3.1.6 A Privatização da Forma do Direito Internacional: “*Soft Law*” e Responsabilidade Social

---

<sup>1611</sup> [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/koh\\_english.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf). Acesso em 22/10/2016. 16:22 h.

<sup>1612</sup> <http://chm.pops.int/default.aspx>. Acesso em 22/10/2016. 16:25 h.

Certamente, nesse espaço transnacional formado, a forma tradicional do Direito Internacional é privatizada, substituindo-se a "*hard law*" pela "*soft law*" e pela responsabilidade social. Importante verificar com isso se dá.

Weil<sup>1613</sup> é lembrado por outros doutrinadores<sup>1614 1615</sup> desse campo de estudo, por haver criticado a diferenciação entre os diferentes graus de normatividade, das normas jurídicas internacionais. Mais do que isso, afirmou que o Direito Internacional não teria mais como cumprir as suas funções, de ordenar as relações internacionais, em um mundo pluralista e heterogêneo, no qual, a existência de direitos ou obrigações seria determinada pela importação do critério material para o Direito. Isso poderia conferir incerteza a tais direitos e obrigações e poderia levar ao abandono de uma avaliação neutra, a ser efetuado, através da aplicação de critérios jurídicos formais<sup>1616</sup>.

Algumas dessas normas possuem "normatividade relativa", correspondendo a novas formas de regulação social, que ombreiam o espaço jurídico com as normas jurídicas tradicionais, oriundas do Estado. Elas se impõem, como ensina Duplessis<sup>1617</sup>, pela via negociada, contratualizada e privatizada, entre os atores diretamente envolvidos. São as normas suaves, as "*soft law*".

Com isso, aquele tradicional esquema hierárquico e piramidal de Kelsen passa a coexistir com um esquema horizontal; a regulamentação cede espaço à regulação, o governo à governança.<sup>1618</sup>

O que é essencial que se diga, nessa transformação, é que normas negociadas, contratuais ou privadas sempre existiram. O que é novo é que o Estado, agora, a elas se submete, como se particular fosse, como ocorre, exemplificativamente, quando se vê obrigado a submeter-se às "boas práticas"<sup>1619</sup> do Fundo Monetário Internacional, as quais, não passam de recomendações emitidas por ente não-estatal, em si mesmo. Diz-se obrigado, porque o Estado soberano que não o fizer, terá sérios problemas para obter acesso aos recursos financeiros, no mercado internacional.

<sup>1613</sup> WEIL, Prosper. **Towards Relative Normativity in International Law ?** op. cit. p. 413.

<sup>1614</sup> FASTENRATH, Ulrich. **Relative Normativity in International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 4, 1993. p. 305.

<sup>1615</sup> DUPLESSIS, Isabelle. **Le Vertige et la Soft Law: Réactions Doctrinales en Droit International**. In [www.crimt.org/PDF/hs07\\_duplessis.pdf](http://www.crimt.org/PDF/hs07_duplessis.pdf). Acesso em 20/10/2016. 12:34 h. p. 252.

<sup>1616</sup> WEIL, Prosper. **Towards Relative Normativity in International Law ?** op. cit. p. 416/440.

<sup>1617</sup> DUPLESSIS, Isabelle. op. cit. p. 246.

<sup>1618</sup> Ibid. p. 246.

<sup>1619</sup> FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies: Declaration of Principles**. op. cit. p. 1/14.

Assim, não apenas o aspecto policêntrico desse novo Direito Internacional constitui uma privatização, mas o fato do antigo "*soi-disant*" detentor do monopólio normativo, atualmente, converter-se em mero destinatário de normas oriundas do setor privado, tal como ocorre com as recomendações das agências de "*rating*", como se o particular fosse o soberano e o Estado, súdito dele.

Interessantemente, afirma Duplessis<sup>1620</sup> que, se o surgimento dessas normas policêntricas, no direito interno, constitui uma novidade, isso não é algo tão novo, no Direito Internacional, que atua como uma espécie de "laboratório" para os sistemas jurídicos internos.

Isso se dá, por conta de sua estrutura descentralizada e da igualdade soberana dos Estados, que importa uma lógica de coordenação, não de subordinação, na produção e aplicação do Direito. Com isso, as normas internacionais, de um modo geral, já possuem uma índole consensual. Atualmente, há normas, que além de consensuais, também não prevêm coerção jurídica, as quais, se relacionam com o trabalho de organizações internacionais, porque não lhes interessava ferir a suscetibilidade dos Estados soberanos, que lhes recusaria uma autoridade supranacional.<sup>1621</sup>

Atualmente, esse tipo de norma suave é utilizado, não apenas por organizações internacionais, como nas relações entre Estados soberanos e há, mesmo, normas oriundas de sujeitos não-estatais.<sup>1622</sup>

As ditas normas "*soft law*" incluem, na esfera internacional, aquelas decorrentes de conferências governamentais; resoluções da Assembleia das Nações Unidas, recomendações de organizações internacionais, convenções não-ratificadas, atos tomados em conjunto e não convencionais, avisos consultivos, acordos de cavaleiros, opiniões individuais de juízes da Corte Internacional de Justiça, códigos de conduta e outros. O elo que os une é o fato de serem frutos de negociação ou, ao menos, de "redação minuciosa".<sup>1623</sup>

Essa característica comum é reconhecida pela doutrina tradicional, que, por vezes, denomina algumas dessas normas de "atos concertados não convencionais", em um sentido mais amplo.<sup>1624</sup> Dizem Dihn, Dailler e Pellet que essa categoria é conhecida da doutrina anglo-saxônica, de muito tempo, sendo conhecidos tais instrumentos como "*gentlemen's agreement*" ou "*non-binding agreements*".<sup>1625</sup>

<sup>1620</sup> DUPLESSIS, Isabelle. op. cit. p. 246.

<sup>1621</sup> Ibid. p. 246.

<sup>1622</sup> Ibid. p. 247.

<sup>1623</sup> Ibid. p. 250.

<sup>1624</sup> DIHN, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit. p. 394/401.

<sup>1625</sup> Ibid. p. 395.

A sua classificação, na opinião desses doutrinadores<sup>1626</sup>, inclui comunicados comuns, declarações, cartas, códigos de conduta, combinações, memorandos, atos finais, protocolos e alguns acordos. São exemplos desses atos: declaração de neutralidade suíça (1815), Carta do Atlântico (1941), Declaração das Nações Unidas (1942), Carta de Paris (1990) e tantos outros.

O fato é que a sua presença é cada vez maior, na vida internacional, como um provável reconhecimento de uma natureza diferenciada do Direito Internacional, especialmente, por conta dos fatores, que levaram à famosa crítica de Hart, já comentada.

Porém, um elemento novo, no campo da privatização da forma, no Direito Internacional, refere às regras de responsabilidade social. A sua atual importância decorre do fato dessa categoria, não mais, referir-se somente a empresas, mas a qualquer organização e instituição<sup>1627</sup>, inclusive os atores do Direito Internacional - Estados, organizações internacionais e outros. A responsabilidade social é uma iniciativa voluntária, que vai bem além da lei<sup>1628</sup>, porém, a pressão da opinião pública e dos demais "*stakeholders*", faz com que exista uma pressão moral, no sentido de que as normas de responsabilidade social sejam cumpridas.

Assim, essa espécie se situa na tênua fronteira entre a Moral e o Direito. Nessa Nova Idade Média, Direito e Moral voltam a confundir-se.

Não por acaso, retornam os valores ao Direito Internacional, após um longo inverno. O que tem consequências, como se verá.

### 3.3.2 - A Tirania dos Valores no Direito Internacional e os Direitos Humanos

Não só de “retirada do Estado”<sup>1629</sup>, vive a Nova Idade Média. Se o Direito, para autonomizar-se, necessitou passar por três ondas, como já lembrado anteriormente<sup>1630</sup>, chegando a uma pretensa neutralidade axiológica, no ponto culminante do Positivismo Jurídico<sup>1631</sup>, por outro lado, observa-se uma tendência de reversão, em meados do século XX. Tal tendência faz retroceder o Direito à época medieval, com a reincorporação dos valores, ao seu conteúdo.

---

<sup>1626</sup> Ibid. p. 395/399.

<sup>1627</sup> JAVILLIER, Jean-Claude. Responsabilité Sociétale des Entreprises et Droit : des Synergies Indispensables pour un Développement Durable. JAVILLIER, Jean-Claude (Org.). **Gouvernance, Droit International et Responsabilité Sociétale des Entreprises**. Genebra: Institute International d'Études Sociales, 2007. p. 24.

<sup>1628</sup> Ibid. p. 31.

<sup>1629</sup> STRANGE, Susan. **The Retreat of the State. The Diffusion of the Power in the World Economy**. op. cit. . p.1/218.

<sup>1630</sup> GOYARD-FABRE, Simone. op. cit. p. XIX.

<sup>1631</sup> Ibid. p. XXVII/XXX.

Foram os horrores <sup>1632</sup> e a destruição trazida pelas Guerras Mundiais, que reintroduziram um elemento essencial ao renascimento do conceito de uma unidade orgânica internacional: os valores, com enfoque especial nos direitos humanos ou fundamentais. Um pouco antes disso, na década de vinte, do século passado, iniciou-se o renascimento do Jusnaturalismo, depois de “um longo inverno Positivista”<sup>1633</sup>. São movimentos de um mesmo contexto, porque os direitos humanos ou fundamentais são tidos como anteriores ao próprio Estado e seu Direito, decorrendo da própria dignidade humana e gozando do atributo de indivisibilidade<sup>1634</sup>. O mecanismo, pelo qual, direito natural e direitos humanos uniram-se, para garantir a legitimidade ao Estado e sua ordem jurídica, foi a subordinação do direito positivo a um direito moral eternamente válido, no topo da hierarquia legislativa<sup>1635</sup>. Por isso, no pós-guerra, quase todas as constituições passaram a exibir um rol de direitos fundamentais.

De fato, no período pós-guerra, o crescimento da teorização sobre os direitos humanos trouxe novo vigor ao próprio jusnaturalismo<sup>1636</sup>, depois de longo primado positivista <sup>1637</sup>. Em um continente intelectual regido pela Razão e pela verdade científica, pela objetividade e pelo primado do fato observável, não havia espaço para falar-se em valores.

Sem embargo, a moral no discurso positivista não encontrou lugar, porque sempre foi ligada à religião e a sociedade moderna, secularizada, quando muito, só lhe permite influir na esfera privada; porque depende da Metafísica, já que denomina algo não-condicionado; porque a sua pretensão de validade universal é contraditada pelo fato da sociedade – inclusive a sociedade internacional – ser composta de sociedades parciais autônomas, cada qual com a sua vinculação; dentre outros argumentos<sup>1638</sup>.

E somente a existência dos valores, ou melhor, o reconhecimento de sua importância no ordenamento jurídico – como se vê do artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas<sup>1639</sup> -, pôde permitir o surgimento de conceitos como o *jus cogens*, porque ele diferencia-se dos demais direitos, apenas pelo fato de ser considerado o mais importante, em termos comparativos. Só é mais imperativo – daí o

---

<sup>1632</sup> BECK, Ulrich. **La Mirada Cosmopolita o La Guerra es La Paz**. op. cit. p. 98. O autor afirma que o auge do cosmopolitismo realista e politicamente eficaz, com o surgimento de instituições-chave, como a ONU, a CIJ, o Banco Mundial, a OTAN, a OCDE e outras, seria uma “involuntária seqüela de Hitler”, que teria originado o “nunca mais Auschwitz !”, máxima moral da nova Europa e impulso essencial da luta pela irrenunciabilidade dos direitos humanos.

<sup>1633</sup> ROMMEN, Heinrich A. op. cit. p. 119.

<sup>1634</sup> HABERMAS, Jürgen. **La Constelación Posnacional. Ensayos Políticos**. op. cit. p. 152/153.

<sup>1635</sup> Ibid. p. 149/150.

<sup>1636</sup> SCHMITT, Carl. L. **Tiranía de Los Valores**. op. cit. p. 107.

<sup>1637</sup> GOYARD-FABRE, Simone. op. cit. p. 1/3.

<sup>1638</sup> HÖFFE, Otfried. **El Proyecto Político de la Modernidad**. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.p. 105/106.

<sup>1639</sup> HABERMAS, Jürgen. **La Constelación Posnacional. Ensayos Políticos**. op. cit.p.153.

“*cogens*” – do que os demais, em razão de sua relevância<sup>1640</sup>. Mas, para se chegar à conclusão de que um determinado direito é mais importante do que tantos outros existentes à sua volta, é porque foi estabelecida uma comparação e uma escala, um ranqueamento<sup>1641</sup> entre esses Direitos, o que só foi possível, porque o intérprete também possui um ranqueamento de valores do que seja mais importante, no seu íntimo. O problema que daí deriva recai sobre quem faz esse ranqueamento e de como é possível fazer com que essa visão hierárquica dos valores mais importantes seja uma visão compartilhada pelo outro. É assim, porque *jus cogens* pressupõe hierarquia normativa<sup>1642</sup>.

Tal ranqueamento de direitos e valores é realizado pelo intérprete do Direito. Ou seja, por qualquer um, por qualquer membro da sociedade. Mas, quando esse intérprete é também o aplicador do Direito, isso afeta a sociedade como um todo, porque se torna um padrão de ranqueamento. Se isso já é bastante complicado em uma sociedade nacional, que compartilha de um mesmo direito nacional e de alguma afinidade cultural e histórica, o que dizer desse ranqueamento e da formação desse padrão na esfera internacional?<sup>1643</sup>

O que pode ser considerado mais importante, em termos de valores, considerando intérpretes e aplicadores ocidentais, islamitas<sup>1644</sup>, animistas e tudo o mais que compõe a diversidade étnica e cultural do planeta? Como extrair uma constante entre os diversos ordenamentos jurídicos, que diga respeito somente às regras que dirigem a relação entre os Estados e outros sujeitos de Direito Internacional? A mera menção a tais dúvidas é nomeada por Habermas, dentre outros, de “hermenêutica da suspeita”<sup>1645</sup>.

Pergunta bastante similar é feita por Rawls, quando procura relacionar a sociedade internacional – ainda calcado em um conceito de base consensual westphaliana – e o pluralismo “*razoável*”(sic). O que Rawls questiona é qual poderia ser a base para uma sociedade dos povos, que levasse em conta as razoáveis diferenças entre eles, com suas

<sup>1640</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens Ainda Esse Desconhecido*. São Paulo: Revista Direito GV. Vol. 1.n.21. p. 163.

<sup>1641</sup> SCHMITT, Carl. L *Tiranía de Los Valores*. op. cit. p. 104. Afirma o jusfilósofo que “*lo decisivo es que todos los valores, desde el más elevado hasta el más bajo, se encarrilen en el riel de valores.*”. No seu entender, trata-se de uma neutralização desses mesmos valores.

<sup>1642</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens Ainda Esse Desconhecido*. op. cit. p. 163.

<sup>1643</sup> HABERMAS, Jürgen. *La Constelación Posnacional. Ensayos Políticos*. op. cit. p. 154. Habermas afirma que “os intelectuais ocidentais mais radicais” sustentam a tese de que, “por trás da pretensão de validade universal para os direitos humanos” se oculta uma pérfida pretensão de poder, por “influência de Heidegger e Schmitt”. Mas não há ?

<sup>1644</sup> HÖFFE, Otfried. *El Proyecto Político de la Modernidad*. op. cit. p. 128/129. Afirma o autor que os Estados islâmicos somente ratificaram em parte a Declaração de Direitos Humanos, de 1948, bem como, que a substitutiva Declaração dos Direitos Humanos no Islam não prevê, nem uma garantia de direitos suscetível de ser questionada judicialmente, nem instrumentos para implantá-los. Da mesma forma, os seus autores não contam com qualquer autoridade política ou jurídica, sendo feita por um grupo de pensadores islâmicos, tendo sido aprovada, somente, pelo Conselho Islâmico da Europa.

<sup>1645</sup> HABERMAS, Jürgen. *La Constelación Posnacional. Ensayos Políticos*. Op. cit. p. 155.

diferentes instituições, linguagens, culturas, histórias, localizações e experiências? O que propõe o doutrinador é o abandono de doutrinas gerais de verdade ou justiça, com sua substituição por uma razão pública, com um sentido diferente da razão pública dirigida a cidadãos iguais em uma sociedade doméstica. Trata-se da razão pública dos povos “liberais”(sic) livres e iguais, que debatem suas relações mútuas como povos<sup>1646</sup>. Assim, o debate de Rawls, apesar de paralelo ao travado no presente trabalho, dele se distancia por suas próprias premissas, porque ainda raciocina com uma ordem jurídica internacional ao estilo westphaliano (sociedade internacional); porque, ao mesmo tempo em que tenta resolver o aparente conflito entre o fundamento consensual e o pluralismo na sociedade internacional, é excludente, porque só concebe a busca dessa constante entre sociedades “liberais”, o que equivale a reduzir o debate às democracias liberais do Ocidente; e é procedimental, desistindo de adotar valores comuns como fundamento, mas uma razão.

Mas, assim mesmo, Rawls afirma que oito princípios de justiça do Direito Internacional são superiores aos demais<sup>1647</sup>: liberdade e independência dos povos (soberania); cumprimento dos tratados (*pacta sunt servanda*); igualdade dos povos; não-intervenção; direito de autodefesa; respeito aos direitos humanos; princípios limitadores da condução da guerra e dever de assistência a povos desfavorecidos<sup>1648</sup>. Ao elaborar a referida lista de princípios de Direito Internacional, o doutrinador faz referência a Brierly e a Nardin, que oferecem listas similares<sup>1649</sup>, deixando claro que são os princípios familiares e tradicionais entre povos livres e democráticos, excluindo mais da metade da humanidade e a maior parte dos Estados, portanto. Existirá, segundo tais coordenadas, uma comunidade internacional, em seu sentido próprio?

O mesmo autor não hierarquiza apenas princípios de direito, mas as próprias sociedades que compõem a sociedade internacional, em cinco tipos: existem os povos liberais; os povos decentes – que, mesmo não sendo liberais, são dignos de pertencer à sociedade internacional –; os "Estados criminosos" (sic); as sociedades afetadas por condições desfavoráveis e os absolutismos benévolos<sup>1650</sup>! A grande virtude de Rawls é que escreve o que muitos apenas pensam e não têm a coragem de dizer. Mas, é inegável que o seu pensamento ainda está na época da Sociedade das Nações, nas potências de primeira ordem, de segunda ordem, nos “povos civilizados” e tudo o mais de excludente que havia.

<sup>1646</sup> RAWLS, John. *El Derecho de Gentes y una Revisión de la Idea de Razón Pública*. Barcelona: Paidós, 2001.p. 67.

<sup>1647</sup> Ibid. p. 53.

<sup>1648</sup> Ibid. p. 50.

<sup>1649</sup> Ibid. p. 50.

<sup>1650</sup> Ibid. p. 77.



São reflexões dessa natureza, sobre as dificuldades criadas pela reintrodução dos valores no Direito Internacional, nessa Nova Idade Média, que permitem uma pequena digressão, que se refere a determinados julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, que espelham bem a ideia, que se pretende transmitir. Recentemente, a dita Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>1651</sup>, sediada em Estrasburgo, concluiu dois julgamentos, em que a França estava no pólo passivo, ambos relacionados ao uso do véu islâmico.

Em ambos os casos, ocorridos entre os anos de 1998 e 1999, meninas com idades de 11 e 12 anos, foram advertidas de que não poderiam usar os seus véus, nas atividades de educação física, porque isso seria considerado inadequado, do ponto de vista da segurança e da higiene.

Assim, em janeiro de 1999, as mesmas foram realizar atividades físicas e esportivas com a cabeça coberta, recusando-se a retirar os seus véus, em que pese as repetidas determinações de seus professores e de suas explicações de que tais véus seriam incompatíveis com as atividades a serem desenvolvidas.

Todas as instâncias administrativas confirmaram a decisão de exclusão das referidas alunas, tomadas pela instituição, por conta da falta de assiduidade, que se seguiu, bem como, em razão do clima de tensão na instituição, que elas teriam criado, em sua recusa. Entendeu a Corte Administrativa de Nantes, em grau de recurso, que elas teriam se excedido no limite do direito de se exprimir e de se manifestar, no tocante às suas crenças religiosas, no interior do estabelecimento de ensino.

Os pleitos chegaram à Corte Europeia, em 22/07, dos anos de 2004 e 2005, tendo sido, finalmente, julgados em 04/12/2008 e transitados em julgado em 04/03/2009, aproximadamente, dez anos depois dos fatos ocorridos.<sup>1652</sup>

Assim, do ponto de vista dos valores, resta tentar compreender a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o tema, não sendo esses os primeiros casos, nos quais, assim se procedeu, à luz da tensão existente, no campo teórico, entre a neutralidade liberal e a vertente multiculturalista.

Trata-se de uma reclamação<sup>1653</sup> (Caso Kervanci), dirigida contra o Estado francês, por uma cidadã desse mesmo Estado, cujo nome é Esmá-Nur Kervanci, iniciada em 22/07/2004, com base no artigo 34 da Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, tendo sido alegada violação do seu direito à liberdade religiosa,

---

<sup>1651</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. p. 1.

<sup>1652</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. p. 1.

<sup>1653</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04.p. 1/23.

além de seu direito de instrução, que seriam garantidos pelo artigo 9º da mesma Convenção e do artigo 2º, do Protocolo 1.<sup>1654</sup>

Nota-se que, somente em 04/04/2007, a Corte em questão, decidiu-se por comunicar ao governo francês a existência da reclamação em tela. Do ponto de vista procedimental, optou-se por decidir a questão da admissibilidade, em conjunto com o mérito da causa, como permite o artigo 29, parágrafo terceiro, da dita convenção.<sup>1655</sup>

No campo dos fatos, nota-se que a Reclamante nasceu em 1986, tendo ocorrido que, com 12 anos, cursando uma classe da sexta série, de uma escola pública, da cidade de Flers, entre 1998 e 1999, mais precisamente, no mês de janeiro de 1999, se recusou a retirar o véu islâmico, para participar de uma atividade de educação física e esportiva, em que pese as advertências de seus professores e de suas explicações sobre a incompatibilidade do uso de um véu, com a prática em questão.<sup>1656</sup>

Um mês depois, em 11/02/1999, o Conselho de Disciplina do colégio excluiu a Reclamante, pelo desrespeito à obrigação de assiduidade, pela falta de participação ativa, às aulas de educação física e esportiva.<sup>1657</sup> Os pais da Reclamante recorreram à comissão acadêmica de recurso, cujo reitor, em 17/03/1999, confirma a decisão inferior, com base em quatro motivos: obrigação de assiduidade; regulamento escolar, que obriga os alunos a se vestirem de acordo com as normas de higiene e segurança, e de se apresentar para a atividade física com roupas esportivas; existência de nota de serviço, a qual, determinava a responsabilidade dos membros da entidade de ensino, no que toca à segurança, inclusive, no que diz respeito à obrigação de fazer cessar qualquer comportamento, que possa tornar-se perigoso; decisão do Conselho de Estado, de 10/03/1995, na qual, se dizia que o uso do véu seria incompatível com o bom desenvolvimento do curso de educação física e esportiva.<sup>1658</sup>

Afirmou a Reclamante, ter realizado o curso por correspondência, para poder se escolarizar.<sup>1659</sup> Em seguida, o tribunal administrativo foi acionado, em Caen, para que fosse anulada a decisão da comissão acadêmica de recurso, mas, em 05/10/1999, o tribunal rejeita a demanda, considerando que o fato da aluna ter se apresentado com véu para a atividade física,

---

<sup>1654</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04p. 1.

<sup>1655</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04p. 1.

<sup>1656</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04p. 2.

<sup>1657</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04p. 2.

<sup>1658</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 2.

<sup>1659</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 2.

comprometeu a sua obrigação de assiduidade.<sup>1660</sup> Além disso, que a sua recusa em atender os professores, gerou um clima de tensão na escola, o que justificaria a sua exclusão.<sup>1661</sup>

Os pais recorreram da decisão, mas a Corte Administrativa de Recursos, em Nantes, no dia 19/12/2002, rejeitou o recurso, nos mesmos termos, considerando que a aluna teria se excedido no seu direito de exprimir e manifestar as suas crenças religiosas, no interior de um estabelecimento de ensino.<sup>1662</sup>

Foi feito um recurso, então, ao Conselho de Estado, invocando o direito da Reclamante à liberdade de consciência e expressão, o que foi rejeitado, no dia 23/02/2004, por inadmissibilidade do dito recurso.<sup>1663</sup>

Tais foram os fatos levados em consideração no julgamento da corte.

Ela inicia a decisão, propriamente dita, analisando o conceito de laicidade na França, tendo sido afirmado que o exercício da liberdade religiosa, no espaço público – mais precisamente, no que diz respeito ao uso de símbolos religiosos na escola -, está diretamente ligado ao Princípio da Laicidade, um princípio sobre o qual a República Francesa seria construído.<sup>1664</sup>

Afirma-se que o mencionado princípio teria suas origens na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mais especificamente, no artigo 10, o qual, afirmaria que ninguém deveria ser perturbado por suas opiniões, mesmo que religiosas, desde que, as suas manifestações não perturbassem a ordem pública, estabelecida pela lei. Diz-se, ainda, que as leis escolares de 1882 e 1886, que criaram a escola primária obrigatória, pública e laica, conteriam o mesmo princípio. Essa ideia teria sido reafirmada pela Lei de 09/12/1905, a Lei da Separação da Igreja e do Estado, cujo artigo 1º diz que a República assegura a liberdade de consciência, o livre exercício dos cultos, cujas restrições dizem respeito ao interesse da ordem pública.<sup>1665</sup>

Prossegue o voto, afirmando que o artigo 2º, da mesma lei, contém o Princípio da Separação, segundo o qual, a República não reconhece, não assalaria, nem subvenciona qualquer culto.<sup>1666</sup>

Assim, haveria um pacto laico e dele, do qual, decorreriam consequências para os serviços públicos e para os seus usuários. Assim, ao mesmo tempo em que haveria o

<sup>1660</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 3.

<sup>1661</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 3.

<sup>1662</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 3.

<sup>1663</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 3.

<sup>1664</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 3.

<sup>1665</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 3.

<sup>1666</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 3.

reconhecimento do pluralismo religioso, haveria também, uma neutralidade do Estado, no que diz respeito aos cultos.<sup>1667</sup> Como contrapartida da proteção à sua liberdade religiosa, o cidadão, portanto, estaria obrigado a respeitar o espaço público, que todos devem compartilhar.<sup>1668</sup>

O mesmo princípio consta do preâmbulo da Constituição de 27/10/1946 - o qual, possui valor constitucional, desde uma decisão do Conselho Constitucional, de 15/01/1975 -, o qual, estabelece que a nação garante o acesso igual, da criança e do adulto, à instrução, à formação profissional e à cultura, bem como, que a organização do ensino público, gratuito e laico, é um dever do Estado.<sup>1669</sup> Por fim, o princípio foi inscrito, igualmente, no artigo 1º da Constituição de 04/10/1958, o qual, dispõe que a França é uma república indivisível, laica, democrática e social, assegurando a igualdade, perante a lei, de todos os cidadãos, sem qualquer distinção de origem, raça ou religião, respeitando todas as crenças.<sup>1670</sup>

Ocorre, segundo o referido voto, que o modelo francês de laicidade, nos anos oitenta, foi confrontado com o problema da integração dos muçulmanos no espaço público, em especial, no espaço escolar.<sup>1671</sup> Foi no ano de 1989, que surgiu o primeiro caso, que se convencionou chamar de “véu islâmico”, tendo ocorrido vários incidentes em estabelecimentos de ensino secundário e, mais particularmente, em Creil, relativamente à exclusão de três alunas, que se recusavam a retirar o véu, em que pese as advertências dos professores e diretor de ensino.<sup>1672</sup> Ele teria gerado um debate na sociedade, o que levou ao surgimento de um Aviso Consultivo, de 27/11/1989, indicando a posição, que se convinha adotar, em razão das manifestações, por alunos da religião muçulmana.<sup>1673</sup>

Dez anos mais tarde, as questões relativas ao véu islâmico são ainda mais numerosas e o mencionado ato não parece capaz de resolver tais dificuldades, segundo se afirma no voto.<sup>1674</sup> Foi nesse contexto explosivo, que, em 01/07/2003, o Presidente da República encarrega uma comissão de avaliar a aplicação do Princípio da Laicidade, a chamada “Comissão Stasi”, cujo relatório, de 11/12/2003, afirma existir alarmante ameaça à laicidade.<sup>1675</sup> Por isso, em razão de tais conclusões, entrou em vigor a Lei de 15/03/2004. O

---

<sup>1667</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 4.

<sup>1668</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 4.

<sup>1669</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 4.

<sup>1670</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 4.

<sup>1671</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 4.

<sup>1672</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 4.

<sup>1673</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 4.

<sup>1674</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 4.

<sup>1675</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 5.

voto também faz menção aos diversos diplomas legais, mencionados anteriormente, sobre os estabelecimentos de ensino e outros atos.<sup>1676</sup>

Posteriormente, faz referência à jurisprudência do Conselho de Estado, observando-se uma sequência, que inclui: proibição do porte de qualquer sinal distintivo de ordens religiosas, nas escolas; que a proibição pura e simples do véu não é válida, sendo exigível uma intenção de proselitismo ou ato de pressão, que cause problemas para a ordem pública; que seriam válidas sanções, por falta de assiduidade, em razão da negativa da prática esportiva, sem o véu.<sup>1677</sup>

Em seguida, no dia 15/03/2004, o Parlamento aprova a Lei 2004-228, a qual, para privilegiar o Princípio da Laicidade, veda o porte de sinais ou condutas, que manifestem um pertencimento religioso, em escolas, colégios e liceus públicos, o que foi inserido no Código de Educação.<sup>1678</sup> Veio a lume a Circular de 18/05/2004, para esclarecer que a lei se refere somente aos sinais, que permitem reconhecer, imediatamente, o seu portador como pertencente a uma afiliação religiosa, como o véu islâmico, qualquer que seja o seu nome, o “*kippa*” e uma cruz de dimensões manifestamente excessivas.<sup>1679</sup>

Do ponto de vista do direito, prossegue o voto, o que se alega é a violação do artigo 9º da Convenção já referida, o qual, em tradução livre, assim estabelece, *verbis*:

“1. Toda a pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; esse direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, além da liberdade de manifestar a sua religião ou convicção, individualmente ou coletivamente, em público ou privadamente, pelo culto, pelo ensino, pelas práticas e pelo cumprimento de ritos.  
2. A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções não pode ser objeto de outras restrições que, aquelas previstas em lei, constituindo medidas necessárias, em uma sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde ou da moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades dos demais.”

Afirmou o governo francês que há, realmente, restrições ao exercício do direito de manifestação de religião, no caso concreto, mas, como no precedente *Leyla Sahin vs. Turquia*, de 10/11/2005, essas restrições são consideradas proporcionais, segundo os critérios fixados pelo segundo parágrafo do artigo nono, da convenção em questão.<sup>1680</sup> Em primeiro lugar, afirmou que há base legal, no direito francês, para a medida restritiva. Além disso, ela teria

<sup>1676</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 5.

<sup>1677</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 9.

<sup>1678</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 10.

<sup>1679</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 10.

<sup>1680</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 11.

um fim legítimo, qual seja, a proteção da ordem e dos direitos e liberdades alheios, até mesmo, para que se respeite os alunos que ostentam símbolos adaptados e compatíveis com os cursos, tanto por razões de segurança, quanto de higiene e saúde públicas.<sup>1681</sup>

Alegou, ainda, o governo francês, que a sua atuação se fez necessária, no contexto de uma sociedade democrática - referindo-se, novamente, ao precedente *Leyla Sahin* -, porque a medida restritiva estaria baseada nos princípios constitucionais da laicidade e da igualdade dos sexos.<sup>1682</sup> Diz que a manifestação das convicções religiosas não é uma liberdade ilimitada.<sup>1683</sup>

Afirmou, ainda, o governo francês, que a recusa da aluna em aceitar uma solução de compromisso, como o uso de um boné, demonstra que, ao contrário do colégio, ela não quis um diálogo.<sup>1684</sup> O governo francês chega a citar o precedente *Dahlab vs. Suíça*, no qual, uma professora usava o véu em uma escola e temia-se o efeito de proselitismo, em crianças de pouca idade!<sup>1685</sup>

Por sua vez, a Reclamante alegou que a forma de ingerência do governo francês não estava, ao contrário do alegado, prevista em lei, porque um Aviso Consultivo do Conselho de Estado, circulares ministeriais e decisões jurisprudenciais não possuem força de lei. Ou seja, liberdades essenciais estariam sendo limitadas por atos de mínimo valor normativo.<sup>1686</sup>

Também se afirmou que não há um fim legítimo nas medidas restritivas, porque ela não faltou ao seu dever de assiduidade, mas foi impedida pelo professor de frequentar as aulas. Em tendo perguntado ao professor, no que o uso do véu traria prejuízo à segurança, da própria Reclamante e dos demais alunos, ele teria se recusado a responder.<sup>1687</sup> Afirmou, ainda, que os problemas e perturbações do ambiente escolar foram causados por professores, que entraram em greve, em razão do uso do véu, pela Reclamante, sendo essa a origem do problema.<sup>1688</sup> Portanto, não restariam atendidos os critérios do artigo 9º da Convenção, que permitissem a medida restritiva.<sup>1689</sup>

A CEDH recebeu a ação, afirmando que não estava manifestamente mal fundamentada, nos termos do artigo 35, parágrafo terceiro, da Convenção, bem como, no mérito, o porte do véu deve ser entendido como um ato motivado ou inspirado por uma

---

<sup>1681</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 11.

<sup>1682</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 11.

<sup>1683</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 12.

<sup>1684</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 12.

<sup>1685</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 12.

<sup>1686</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 13.

<sup>1687</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 13.

<sup>1688</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 13.

<sup>1689</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 13.

religião ou uma convicção religiosa.<sup>1690</sup> Logo, a proibição de seu uso e a exclusão definitiva da aluna constituem restrições do exercício do direito à liberdade religiosa, por isso, faz-se necessário saber se estão presentes os requisitos do parágrafo segundo do artigo 9º da mesma, ou seja, se há previsão legal, se há fins legítimos, bem como, se a medida restritiva é necessária em uma sociedade democrática.<sup>1691</sup>

No que toca ao primeiro ponto da fundamentação da corte, a previsão legal, afirma ela que a expressão significa que a medida impugnada deve ter uma base no direito interno e a qualidade de uma lei, o que importa em acessibilidade delas às pessoas em questão e uma formulação precisa, que permita previsão, com grau de razoabilidade, segundo as circunstâncias da causa, que determinadas conseqüências possam derivar de um ato determinado.<sup>1692</sup>

Concorda a corte que, à época dos fatos, não havia lei que previsse, explicitamente, a proibição do véu islâmico, em curso de educação física. Sem embargo, os fatos eram anteriores à Lei 2004-228, de modo que a corte se interroga sobre qual seria o fundamento legal da proibição. Entendeu a corte que as autoridades internas fundaram as suas medidas em três elementos: obrigação de assiduidade, exigências de segurança e de indumentária compatível com o exercício da prática desportiva.<sup>1693</sup>

Porém, tais elementos repousam sobre fontes legislativas e regulamentares, documentos internos e decisões do Conselho de Estado, de modo que a Corte necessitou pesquisar se a combinação de tais elementos seria suficiente para constituir uma base legal.<sup>1694</sup>

Segundo a jurisprudência da Corte, a expressão “lei” deve ser entendida em sua acepção material, não formal. Assim, ela inclui o conjunto constituído pelo direito escrito, incluindo textos infralegislativos e a jurisprudência que o interpreta.<sup>1695</sup>

Quanto à base de tais fontes, em particular, a jurisprudência pertinente, a Corte afirma que não lhe cabe qualquer pronunciamento sobre a oportunidade das técnicas escolhidas pelo legislador de um dado Estado, para regulamentar tal ou qual domínio. O papel da Corte se limita a verificar se os métodos adotados e as conseqüências que eles trazem estão em conformidade com a Convenção, de acordo com o precedente *Leyla Sahin*.<sup>1696</sup>

---

<sup>1690</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 14.

<sup>1691</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 14.

<sup>1692</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 14.

<sup>1693</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 14.

<sup>1694</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 15.

<sup>1695</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 15.

<sup>1696</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 15.

Destaca a Corte que tais disposições materialmente legislativas existiam e estavam contidas, em particular, no artigo 10 da Lei de Orientação e de Educação, de 10/07/1989, em vigor à época. O mesmo se dá com relação à obrigação de assiduidade, com base em regra de 1985.<sup>1697</sup>

Considerou a Corte que, no Aviso Consultivo do Conselho de Estado, de 27/11/1989, foi consagrada a liberdade dos alunos de portar símbolos religiosos, ao mesmo tempo em que, teria precisado as condições para o exercício dessa liberdade, havendo um reenvio às regras internas dos estabelecimentos escolares. Muito embora existam diferenças de aplicação dessas normas, na prática, tais diferenças não tornam tais normas imprevisíveis, existindo a jurisprudência, exatamente, para sanar dúvidas interpretativas, tendo em vista a evolução da prática cotidiana.<sup>1698</sup>

Por todas essas considerações, a Corte concluiu que as limitações tinham base legal suficiente, no direito interno. As regras são acessíveis, já que são textos publicados e confirmados pela jurisprudência administrativa. Além disso, ao se inscrever na escola, a Reclamante e sua família tinham conhecimento das normas impugnadas e aderiram a elas, tendo a obrigação de respeitá-las.<sup>1699</sup>

No que pertine aos fins legítimos, a Corte considerou, sem entrar em muitos detalhes, que a ingerência impugnada perseguia fins legítimos, os quais, seriam a proteção dos direitos e liberdades dos outros e da ordem pública.<sup>1700</sup>

Por fim, no que toca ao requisito “necessidade dentro de uma ordem democrática”, a Corte assinala que, dentro de uma ordem democrática, onde várias religiões coexistem, pode ser necessário limitar tais liberdades enumeradas no artigo 9º da Convenção, para conciliar o interesse dos diversos grupos e para assegurar o respeito às convicções de cada um.<sup>1701</sup>

Por isso, põe-se em relevo o papel do Estado, que tem o papel de organizador neutro e imparcial do exercício das diversas religiões, cultos e crenças, para a paz religiosa e a tolerância em uma sociedade democrática. Esse dever de neutralidade e de imparcialidade do Estado, segundo a Corte, seria incompatível com qualquer poder de apreciação, da parte desse Estado, quanto à legitimidade das crenças religiosas ou das modalidades de expressão das mesmas.<sup>1702</sup>

---

<sup>1697</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 15.

<sup>1698</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 16.

<sup>1699</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 17.

<sup>1700</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 17.

<sup>1701</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 17/18.

<sup>1702</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 18.



Afirma, ainda, a Corte, que o pluralismo e a democracia devem, igualmente, se basear sobre o diálogo e um espírito de compromisso, que implica concessões diversas, que se justificam pelos fins de salvaguarda e promoção de ideais e valores de uma sociedade democrática.<sup>1703</sup> Segue afirmando que o papel de regulamentar o porte de símbolos religiosos em estabelecimentos de ensino tem uma importância particular, nessa função do Estado, sendo que é possível haver variação, nessa regulamentação, de um país para outro, em razão das tradições nacionais e das exigências impostas pela proteção dos direitos e liberdades dos demais e da manutenção da ordem pública.<sup>1704</sup>

Afirma a Corte que o Estado pode limitar a liberdade de manifestação de uma religião, se o uso dessa liberdade tem o objetivo de proteção dos direitos e liberdades dos demais, da ordem e da segurança pública. Afirma não ser uma ingerência desproporcional a regulamentação do traje de um estudante, comparando essa situação com a obrigação de retirar turbantes para usar uma motocicleta com capacete, para passar em uma inspeção em aeroporto ou para entrar em um consulado.<sup>1705</sup>

Mais uma comparação é estabelecida, dessa vez, com situações que envolvem o véu islâmico, no Caso Karaduman, no qual, se exigia a retirada do véu, para fins de fotografia, no intuito de ingresso à universidade na Turquia, segundo regulamentação específica.<sup>1706</sup> Outra situação, também mais relacionada ao caso concreto, é a do Caso Dahlab, no qual, ma professora do Cantão de Genebra, utilizava o véu e isso teria sido motivo de questionamento, tendo sido entendido, nesse precedente que o véu seria um símbolo exterior forte, que poderia violar a idéia da neutralidade confessional do ensino, bem como, que, por ser imposto somente às mulheres, pela religião islâmica, seria dificilmente conciliável com o Princípio da Igualdade dos Sexos.<sup>1707</sup>

Faz referência, também, aos precedentes Leyla Sahin e Köse e outros, os quais, situações similares foram analisadas. No primeiro, a Corte considerou o Princípio da Laicidade essencial à guarda dos valores democráticos da Turquia. No segundo, também invocou-se o Princípio da Laicidade, mas também fez-se uma referência ao pluralismo, para negar-se o acesso a estabelecimento de ensino a alunas, que se recusavam a retirar o véu islâmico, na Turquia.<sup>1708</sup>

---

<sup>1703</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 18.

<sup>1704</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 18.

<sup>1705</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04p. 18.

<sup>1706</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 19.

<sup>1707</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 19.

<sup>1708</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 19.

Assim, a Corte Européia observou que, tanto na Suíça, quanto na França e na Turquia, o Princípio da Laicidade tem *status* constitucional. Assim, de um modo geral, tal limitação de manifestação de uma convicção religiosa tem por finalidade preservar os imperativos de laicidade no espaço público escolar, incumbindo à autoridade pública nacional, dentro da margem de apreciação de que dispõem, velar pelo respeito ao pluralismo e à liberdade dos demais, sendo esse o modelo francês de laicidade.<sup>1709</sup> Concluiu o raciocínio, afirmando que tal limitação, no caso concreto, estaria dentro dessa margem de discricionariedade da autoridade pública, por razões de segurança e higiene, não sendo irrazoável. Afirma, ainda, que foram essas as razões que levaram às conseqüências graves, tendo a Reclamante sido corretamente informada das mesmas, não as razões de índole religiosa, como afirma.<sup>1710</sup>

Também conclui que os procedimentos disciplinares relativos ao caso em tela sopesaram, corretamente, os diversos interesses em jogo. Segundo se alega, houve tentativa de diálogo, a limitação era apenas para uma atividade, mas havia um clima de tensão no interior do estabelecimento escolar.<sup>1711</sup>

No que se refere à sanção mais grave, adotada pelo estabelecimento escolar, a Corte afirma que não pode substituir o administrador na escolha dos meios a empregar, para assegurar o respeito às regras internas. Afirma que não houve irrazoabilidade, porque a Reclamante teve a faculdade de obter a sua escolaridade pelo ensino à distância.<sup>1712</sup>

Por tudo isso, considerou-se que não houve qualquer violação ao artigo 9º da Convenção.<sup>1713</sup>

Quanto ao argumento de que haveria violação ao artigo 2º da mesma convenção, por negativa de fornecer instrução, alega-se que a mesma não esgotou os recursos internos, não tendo feito de uso de qualquer instância jurisdicional nacional, além do fato da medida não ter impedido a Reclamante de satisfazer o seu direito à instrução. Afirma a Corte que o direito à instrução não exclui, em princípio, medidas disciplinares, incluindo suspensões ou exclusões, de modo que, não há, a rigor, qualquer discussão sobre a questão do direito à instrução, propriamente, mas somente sobre a questão do artigo 9º.<sup>1714</sup>

Pelo que se percebeu da análise mais detida da fundamentação dessa decisão paradigmática da Corte Européia de Direitos Humanos, em primeiro lugar, parte-se de uma

---

<sup>1709</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 20.

<sup>1710</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04p. 20/21.

<sup>1711</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 21.

<sup>1712</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 21.

<sup>1713</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 22.

<sup>1714</sup> <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 22.

idéia de liberdade limitada legitimamente pelo Estado, bem como, de que tal atuação pelo Estado deveria e poderia ser neutra.

Não são conceitos novos, antes, pelo contrário, pertencem à Modernidade, que se convencionou chamar de “Modernidade Liberal”.

Assim, sem muito esforço, não é difícil encontrar em Montesquieu<sup>1715</sup> ilações que envolvam a liberdade e a ação do Estado em limitá-la, legitimamente. Primeiro, o doutrinador que teve um papel importante na formação da ideologia revolucionária, em que pese a sua condição de nobre, esclarece que o conceito de liberdade sempre possuiu as mais diversas significações, mas que, como nas democracias, o povo parece fazer o que deseja, relacionou-se o conceito de liberdade com tais formas de governo e confundiu-se o poder do povo com a sua própria liberdade.<sup>1716</sup>

Porém, salienta Montesquieu, a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Em uma sociedade onde há leis, que o doutrinador chama de “Estado”, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e “em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar”<sup>1717</sup>. Como se houvesse um grande e incontestável acordo sobre o que se devesse querer, ou ainda, sobre o que não se deve desejar. Ou, talvez, como um resquício das idéias inatas do Racionalismo Descartiano, colocadas por Deus na cabeça dos homens, algo que poderia funcionar muito bem em um contexto de *Respublica Christiana*, quando muito, mas, jamais em um contexto de pluralidade democrática.

Assim, partindo-se da premissa de um indiscutível acordo sobre o que se deve querer ou sobre o que não se deve desejar, chega-se à tradicional fórmula moderna, que até hoje inspira inúmeros ordenamentos jurídicos e é, ainda, repetida por estudantes mundo afora, segundo a qual, “a liberdade é tudo o que as leis permitem”, porque “se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder”.<sup>1718</sup>

Ora, a formulação de Montesquieu enfrenta, ao menos, nos dias atuais, alguns problemas, como é o caso da presunção de que lei limitadora seja sempre justa, porque, se não o for, ao não permitir o que se quer, cerceará a liberdade e a liberdade será algo que a lei não permitirá. É o caso da situação descrita no Caso Kervanci, como se pretende demonstrar.

---

<sup>1715</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. 3 ed. São Paulo: Abril, 1985. p. 147/148.

<sup>1716</sup> Ibid. p. 147.

<sup>1717</sup> Ibid. p. 147/148.

<sup>1718</sup> Ibid. p. 148.

Outro problema da formulação está na presunção de uma situação fática de igualdade entre o que quer e os demais. Incide no mesmo equívoco a norma proibidora francesa, bem como, a decisão trazida a exame, porque o significado do véu islâmico para um muçulmano é diferente do significado do quipá para um judeu, os quais, por sua vez, também não possuem a mesma significação do crucifixo para um cristão. Mais ainda, do ponto de vista da subjetividade, dois muçulmanos jamais terão exatamente a mesma valoração sobre um mesmo objeto (véu), porque são pessoas diferentes, com perspectivas diferentes, com percepção diferente, com cosmovisão e histórias diferentes entre si. O mesmo se dá para os demais. Como se não bastasse, um crucifixo poderá ser usado por um aluno, que esteja no mesmo estabelecimento de ensino, do muçulmano, que não poderá usar o véu, em hipótese alguma, basta que ele seja pequeno, o que é algo excessivamente relativo, aberto, frouxo.

Por fim, outra questão relativa a uma presunção, que embasa a fórmula montesquiana, é a da neutralidade do Estado, que na sua linguagem, significa uma sociedade de leis. Assim, é a neutralidade do Estado ou a neutralidade da lei limitadora, que é posta em questão. Retorna-se à fonte.

Com efeito, afirma Montesquieu que, nos Estados onde mais se cuida da liberdade, existem normas que violam a liberdade de um só, para poder conservar a liberdade de todos.<sup>1719</sup> Ora, na referida afirmação - muito embora, fazendo referências posteriores à limitação do poder de tiranos, ao ostracismo e outros institutos que não se relacionam ao caso em estudo -, existe uma assunção de que o Estado atua como uma espécie de árbitro neutro, que só irá limitar a liberdade de um determinado indivíduo, no intuito de preservar a dos demais.

Interessante notar que o mesma fórmula é bastante similar ao item 2, do artigo 9º, da Convenção Européia de Direitos Humanos, anteriormente transcrita, como uma exceção permitida à liberdade de manifestar a sua religião.

Depreende-se que a regra geral e abstrata da convenção européia prevê, exatamente, a mesma hipótese antevista por Montesquieu, quase com as mesmas palavras, essa espécie de atuação do Estado, como limitador da liberdade individual, quando se quer o que não se pode desejar, o que, no caso concreto, é manifestar a sua própria religião.

Porém, da forma como a norma francesa está inculpada, proibindo terminantemente o véu e o quipá, mas, permitindo que se porte um “crucifixo pequeno”, há outro ensinamento de

---

<sup>1719</sup> Ibid. p. 179.

Montesquieu, que parece estar sendo seguido e se relaciona à tolerância entre as religiões, bem como, à idéia de uma pretensa neutralidade.

Em um primeiro momento, Montesquieu assinala que “quando as leis de um Estado acreditaram dever suportar várias religiões, cumpre que elas as obriguem também a se tolerar entre si”. Assim, é um corolário da tolerância religiosa, que a lei que a preveja também obrigue cada religião a respeitar a outra. Dessa forma, as religiões não devem apenas “não perturbar o Estado”, mas, não devem elas perturbar-se mutuamente.<sup>1720</sup>

Observa-se, aí, a visão montesquiana de neutralidade em ação, atuando a lei e o Estado como mediadores entre as diversas religiões, sendo esse o sentido da tolerância religiosa. Nesse sentido, em nome da liberdade dos demais crentes, pode ser limitada a liberdade religiosa. Assim, um cidadão – como a menina francesa muçulmana, que pretendia exercitar-se, portando um véu islâmico – “não satisfaz às leis contentando-se com não agitar o corpo do Estado”. É preciso, também, que “não perturbe qualquer outro cidadão”.<sup>1721</sup>

Ora, segundo as leis – que a Corte reiterou não se tratem de leis, em sentido formal – francesas postas em questão, uma aluna muçulmana não poderia utilizar o seu habitual véu islâmico para praticar exercícios – lembrando-se tratar, na época, de uma criança de 11/12 anos de idade, que, seguramente, não correria a maratona, nem bateria Usain Bolt em um “*sprint*”. Não poderia utilizá-lo, porque perturbaria os demais, outros alunos e seus professores, por razões “higiênicas” – em um mês de janeiro, portanto, de inverno europeu – e de “segurança” – porque, evidentemente, a pré-adolescente poderia ser confundida com algum terrorista, pelos seus colegas ou professores, que, seguramente, a reconheceriam sem o véu, podendo, então ficar tranquilos...

Assim, o princípio neutro, de tolerância religiosa, exposto por Montesquieu, em sua obra seminal, está na base da vedação infra-legal francesa. Algo que, repete-se, já nem é tão neutro assim, pelas razões expostas em momento anterior.

Muito interessante é que o próprio Montesquieu, sobre o mesmo tema da tolerância religiosa, estabelece outro princípio, que parece estar mais relacionado ao caso do véu islâmico, no caso estudado, do que a versão oficial de preocupações higiênicas ou de segurança, que não se sustentam criticamente.

Sem embargo, prossegue Montesquieu, *verbis*: “Como quase somente as religiões intolerantes têm grande zelo em se propagar em outras partes, pois uma religião que pode tolerar as demais quase não se ocupa de sua propaganda, seria uma lei civil muito boa, quando

---

<sup>1720</sup> Ibid. p. 384.

<sup>1721</sup> Ibid. p. 384.

o Estado está satisfeito com a religião já estabelecida, não permitir o estabelecimento de outra”<sup>1722</sup>.

Em um movimento seguinte, conclui o doutrinador liberal, *verbis*: “Eis, portanto, o princípio fundamental das leis políticas em matéria de religião. Quando se está em condição de receber num Estado uma nova religião, ou de não recebê-la, não é necessário estabelecê-la; quando estabelecida, faz-se mister tolerá-la.”

Ou seja, a neutralidade liberal não é, afinal, tão neutra. Como qualquer neutralidade jamais o foi.

Uma norma que veda uma criança de 11/12 anos de praticar exercícios físicos, em sua escola, que a priva, em seguida, de freqüentar essa mesma escola, porque ela quer fazer exercícios, portando o véu de seu costume religioso, ela não o faz por razões de segurança – será que a criança vai bater contra uma árvore, correndo, por causa do véu, que está habituada a usar? Ou será que ela tem que estar com o rosto descoberto, para que possa ser vigiada e não por em risco as demais crianças (cristãs)? -, nem de higiene – o que é pior, cobrir o rosto com um ligeiro véu, no mês de janeiro, no inverno europeu, ou não tomar banho com regularidade, como fazem tantos cristãos europeus? Ou não depilar as axilas? Ou comparecer às aulas de Educação Física com “*piercings*” e brincos? Ou ainda, permitir-se que crianças ou pré-adolescentes usem tatuagens? Tudo isso é proibido, em nome da higiene, na França?

Pior ainda, é a alegação de que a Reclamante não teria a necessária assiduidade, porque foram os professores quem impediram a Reclamante de freqüentar as aulas, inclusive, fazendo greve. Limitaram o acesso de uma criança de 11/12 ao bem tão valioso, que é a educação pública, por conta de um pedaço de pano, que, por certo, jamais ofereceria qualquer risco à segurança ou à higiene de quem quer que seja. Por que foi feito, então?

Trata-se da mera aplicação do segundo princípio de tolerância religiosa de Montesquieu: se a religião nova, ainda não está estabelecida, não é necessário estabelecê-la. Mas, isso não aparece em qualquer norma francesa. Nem, muito menos, na Convenção Européia de Direitos Humanos. Mas foi exatamente o que foi feito, em um caso semelhante, em julgamento, na Corte Européia de Direitos Humanos, o Caso Dahlab, movido contra a Suíça, porque uma professora foi proibida de usar o véu islâmico, para dar aulas para crianças, porque, em função de sua posição de influência sobre elas – e da evidente transferência dos alunos para a professora, com base na figura materna – e da pouca idade daquelas, poderia haver um efeito de proselitismo indesejável. Mas, o Estado suíço não é

---

<sup>1722</sup> Ibid. p. 384.

laico? Pois foi, exatamente, em nome do Princípio da Laicidade, que ela foi proibida de dar aulas com o véu, o que foi confirmado pela Corte. A Suíça aplicou o segundo princípio de tolerância religiosa de Montesquieu, com todas as letras, como também a Corte Européia de Direitos Humanos. Isso não é o que se pode chamar de “neutralidade”.

A diferença entre a limitação à liberdade religiosa à moda suíça e a francesa, é que a primeira não é hipócrita e mencionou os seus motivos, sendo o verdadeiro assombro é que a Corte Européia não tenha considerado tal limitação uma violação ao direito de manifestação religiosa, em que pese tal franqueza. No que toca à segunda, que é o caso sob exame, é preciso investigar as fontes materiais da referida norma, para se saber de que material é realmente feita, já que não se destina, realmente, a atuar de forma neutra na defesa da liberdade religiosa, nem de proteger quem quer que seja, do ponto de vista da segurança ou da higiene.

Indubitavelmente, a aparente neutralidade liberal é uma cegueira às diferenças, importando em discriminação de grupos minoritários – antes que se tornem majoritários, poder-se-ia dizer – e, até mesmo, uma estratégia de assimilação cultural, o que será mais detalhado amiúde.

As normas limitadoras mantidas pela Corte Européia de Direitos Humanos, no caso concreto, não nasceram do nada, mas de um contexto histórico-cultural e político. Resta investigar que condições seriam essas, já que a Corte afirmou existirem normas legais, em sentido material. Tais condições correspondem às fontes materiais das normas supracitadas.

Nesse sentido, observa-se que os vários “*affaire du foulard*” ocorridos na França, desde os primeiros, em 1989, situam-se no bojo de políticas de nacionalidade e de políticas de imigração, que procuram construir uma identidade francesa, em oposição ao outro, ao estrangeiro<sup>1723</sup>, em uma época de incremento das movimentações de recursos produtivos, dentre os quais, a mão-de-obra, na chamada globalização<sup>1724</sup>.

O que ensina Reis é que a decisão de permitir ou negar o uso do véu islâmico resume como a nação francesa constrói a sua identidade, relacionando-se a questão da política de nacionalidade com a política de imigração, eis que, passando a França por momentos

<sup>1723</sup> REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Nacionalidade e Políticas de Imigração na França**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, n. 39, fevereiro/99, p. 118.

<sup>1724</sup> BETZ, Hans-Georg. **Contre La Mondialisation: Xénophobie, Politiques Identitaires et Populisme d’Exclusion em Europe Occidentale**. Montreal: Politique et Sociétés, vol. 21, n. 2, 2002. p. 9/28. Afirma o cientista político suíço que a extrema direita europeia ocidental passou a evocar o direito à diferença e à defesa do particularismo cultural, em oposição à globalização e ao Islam. É, portanto, perceptível, o renascimento do fenômeno da Nova Idade Média, também com relação à ignorância xenófoba, exatamente, na mesma época dos fenômenos, anteriormente descritos na presente tese. A maior circulação de bens e pessoas, por conta da globalização, certamente foi um dos fatores, que desencadearam essa alteração social e normativa, na França.

econômicos difíceis, desde o final dos trinta anos gloriosos, enfrentando altas taxas de desemprego e baixas taxas de crescimento (estagnação), faz-se parecer que o desemprego subordina-se ao problema dos imigrantes.<sup>1725</sup>

Observe-se, não ser desprezível o fato da fragmentação social francesa, em função dos problemas relacionados à imigração, também tenha se acentuado na transição entre o padrão de acumulação fordista e o flexível. Justamente, quando os fluxos de fatores de produção, dentre os quais, a mão-de-obra, começaram a se amplificar, por conta da retomada da integração regional e do desenvolvimento em escala mundial do novo capitalismo.

Por outro lado, afirma-se que o grande problema não é só o imigrante, mas o francês naturalizado ou os franceses de nascimento – como as meninas que foram impedidas de freqüentar a escola pública, por conta do véu -, ou seja, o problema é definir o que é ser francês.<sup>1726</sup>

Segundo Krulic, a partir da terceira onda imigratória, foi revertida uma tendência de assimilação de fluxos migratórios, como os dos metecos (gregos), em 1900, e moldo-valáquios, depois de 1930, antes considerados inassimiláveis. Isso teria ocorrido, por conta de uma mudança na relação “da França com os franceses”.<sup>1727</sup> A rejeição aos muçulmanos da terceira onda imigratória decorreria de um discurso de identidade francesa baseado em alguns mitos fundadores, como, por exemplo, o da França como nação de tradição cristã, ocidental e europeia, a “tríade Jerusalém-Atenas-Roma”.<sup>1728</sup>

Outro mito fundador da identidade francesa, que proporcionaria um conflito com a onda imigratória muçulmana é a tradição republicana do individualismo (“república dos direitos do homem individualista”) assimilador, que se opõe à visão da “*Umma*” (coletividade) muçulmana<sup>1729</sup>.

Observa Reis que, longe de serem eliminados os conflitos identitários com o processo de globalização, eles se intensificaram e, não apenas na periferia do sistema mundial, tendo ocorrido um aumento do número de normas restritivas, relativamente a movimentos migratórios, sem falar nas manifestações de racismo e xenofobia.<sup>1730</sup> Ou seja, o processo de globalização tem alterado a relação dialética, que leva à construção da identidade nacional,

<sup>1725</sup> REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 118.

<sup>1726</sup> Ibid. p. 118.

<sup>1727</sup> KRULIC, Joseph. **L'Immigration et l'Identité de La France: Mythes et Realités**. Paris: Pouvoirs – Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques, n. 47, novembro/1988. p. 33.

<sup>1728</sup> Ibid. p. 37.

<sup>1729</sup> Ibid. p.39/42.

<sup>1730</sup> REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 119.



impactando na política de migração e na política de nacionalidade, em uma concepção mais ampla.<sup>1731</sup>

Conceitua a pesquisadora a política migratória como sendo “o conjunto de leis, circulares e disposições de um governo, relativas à entrada, circulação e estadia de estrangeiros no território de soberania do Estado-nação”. Por outro lado, a política de nacionalidade é “o conjunto de leis e de medidas que regulamentam as condições de acesso à nacionalidade, em um determinado Estado-nação.”<sup>1732</sup>

Em conferência sobre o seu livro “La France Immigré”, Viet<sup>1733</sup> esclarece que a política de imigração francesa foi construída em três fases: a primeira, no período da Primeira Guerra Mundial e entre-guerras; o segundo momento, na França colaboracionista; e o terceiro, de efetiva construção de uma política de imigração, entre 1945 e 1974. Essa última fase, por sua vez, divide-se em duas: a desregulação colonial e a fase de crescimento dos anos sessenta.

Na primeira fase, há somente práticas administrativas e um mero embrião de política pública de imigração, tendo sido iniciada, por conta dos problemas de mão-de-obra, decorrentes das perdas com a Primeira Guerra Mundial.<sup>1734</sup> A segunda fase, por seu turno, caracterizou-se pela confusão entre a situação de nacionais e estrangeiros, decorrentes da necessidade cooperação com a potência ocupante, no envio de trabalhadores para as indústrias alemães e para o extermínio<sup>1735</sup>. Por fim, a terceira fase consubstanciou-se na construção de uma efetiva política de imigração. Em um primeiro momento, ao final da Segunda Guerra Mundial, para resolver problemas de mão-de-obra, através de uma desregulamentação da imigração oriunda das colônias. Com a guerra de libertação da Argélia, através da adoção de medidas de ação social, facilitadoras da assimilação dos retornados “*piéd noirs*”, em especial<sup>1736</sup>. A partir da década de sessenta, com o surgimento de três fenômenos (expansão econômica, descolonização sem ruptura brutal e construção da unidade europeia), houve um crescimento da imigração e um aumento da ação social, na política imigratória<sup>1737</sup>.

O que, de fato, ocorreu na França, foi que a sociedade somente se deu conta, tardiamente, que os imigrantes que chegaram, no período imediatamente posterior ao final da Segunda Grande Guerra, não seriam temporários, como se pensava. Assim, foi necessário que

---

<sup>1731</sup> Ibid. p. 119.

<sup>1732</sup> Ibid. p. 119.

<sup>1733</sup> VIET, Vincent. **Présentation de son Ouvrage La France Immigré. Construction d’une Politique 1914-1997. Conférence du 22/01/1999**. In [www.barthes.ens.fr/clio/revues/AHI/articles/preprints/viet.html](http://www.barthes.ens.fr/clio/revues/AHI/articles/preprints/viet.html). Acesso em 26/12/2016. 21:42 h. p. 1/3.

<sup>1734</sup> Ibid. p. 1.

<sup>1735</sup> Ibid. p. 2.

<sup>1736</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1737</sup> Ibid. p. 3.

a política de imigração contemplasse a maneira como se daria a inserção desses estrangeiros na sociedade francesa.<sup>1738</sup> Foi, justamente, com o “*affaire du foulard*” que essas possibilidades de inserção passaram a ser rediscutidas, existindo diferentes ideologias, que concorrem para a formação da identidade nacional e que influem nessas políticas, acima descritas.<sup>1739</sup>

Há na França três maneiras de se conceber a nação francesa, o que influencia em tais políticas: o republicanismo, que a define por um critério exclusivamente político, o contrato social, que considera serem os homens essencialmente iguais; o tradicionalismo, que defende a existência de uma forte relação entre nacionalidade e cultura, definida pelo critério de sangue, que não compartilha dessa visão de igualdade entre os homens; e, por fim, o multiculturalismo, que afirma essa diferença, mas crê que a nacionalidade não deve ser calcada em tais fatores diferenciais, de modo que, cada grupo social tenha reconhecidos os seus direitos culturais<sup>1740</sup>, como é o caso do véu islâmico.

A política migratória traz para a Filosofia Política duas questões: quais os critérios justos para autorizar ou proibir a entrada em território nacional? Quais devem ser os direitos e deveres dos migrantes, em território nacional? No que se refere ao republicanismo, segundo Chavel<sup>1741</sup>, revestido de uma atual Filosofia Política Neorepublicana, tais perguntas são respondidas com o auxílio de dois conceitos importantes: não-dominação – indagando-se se o princípio da não-dominação poderia ser aplicado à política migratória (ausência de dominação arbitrária) – e virtude cívica – ao contrário do pensamento liberal, exige que as instituições estejam “no coração das pessoas”, para que funcionem. No que toca ao segundo conceito, a questão que se coloca é o que seria um “bom cidadão”, em um contexto de pluralidade de concepções de “bem”. Só um bom cidadão pode ser digno de fazer parte da coletividade nacional.

Quanto ao tradicionalismo, em especial, na França, ele oscila entre dois pólos: a crença na existência de uma decadência e na necessidade de ordem, para revertê-la. A decadência, segundo Boily<sup>1742</sup>, se caracterizaria pela inversão de valores, envelhecimento da população francesa e chegada de famílias de imigrantes com alta taxa de natalidade, enfraquecimento do Estado, explosão do desemprego, regressão social, o peso dos tributos e a corrupção generalizada.

<sup>1738</sup> REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 119.

<sup>1739</sup> Ibid. p. 119.

<sup>1740</sup> Ibid. p. 120.

<sup>1741</sup> CHAVEL, Solange. **La Philosophie Politique Néo-Républicaine: Immigration et Non-Domination**, 23/04/2012. In [www.implications-philosophiques.org/actualité/une/la-philosophie-politique-neo-republicaine-immigration-et-non-domination](http://www.implications-philosophiques.org/actualité/une/la-philosophie-politique-neo-republicaine-immigration-et-non-domination). Acesso em 26/12/2016. 22:12 h. p. 1.

<sup>1742</sup> BOILY, Frédéric. **Aux Sources Idéologiques Du Front National: Le Mariage du Traditionalisme et du Populisme**. Montreal: Politiques et Sociétés, vol. 24, n. 1, 2005, p. 23/47.

Por último, no que se refere ao multiculturalismo, a grande questão que se faz é se a inserção dos imigrantes deve ser por assimilação, por integração à sociedade francesa ou com o respeito à pluralidade cultural? Assim, por exemplo, Moreno<sup>1743</sup> afirma que os liberais seriam os únicos a responder à questão da imigração, sem violar liberdades individuais, pela defesa da integração, não da assimilação, nem do multiculturalismo. Mas, por que o multiculturalismo seria uma perigosa criatura progressista, como afirma? Porque, no seu entender, seria uma bomba com dispositivo de retardo. Isso se daria porque os progressistas defendem que toda cultura e todos os valores “valem”. Esse multiculturalismo se constituiria em medidas coletivistas, sendo os imigrantes reduzidos a seu grupo respectivo e a sua individualidade seria totalmente descartada, o que os levaria ao isolamento social, os privando de oportunidades que a interação oferece. O multiculturalismo criaria direitos para esses grupos, que corresponderiam a deveres para toda a sociedade, o que levaria, por exemplo, à educação baseada na diferença. Esse é o ponto a ser tratado na tese.

Assim, raciocina-se que uma norma que proíba manifestação religiosa, em nome do Princípio da Laicidade seja, *a priori*, originada de uma ideologia republicana. Por outro lado, quando se percebe que a norma limitadora, apesar de se utilizar do discurso do espaço laico, apenas pretende desestimular a cultura do estrangeiro e afirmar a cultura nacional, na verdade, a sua orientação ideológica é tradicionalista. Por fim, quando não se veda a manifestação religiosa, que prejuízo algum traga para o convívio social, como o véu islâmico de uma pré-adolescente, na aula de Educação Física, a ideologia que ampara tal manifestação possui uma índole multicultural.

Se as normas limitadoras realmente tivessem suas fontes materiais em uma ideologia republicana, estariam de acordo, igualmente, com o pensamento liberal, que parte do princípio da neutralidade, para justificar a atuação do Estado e a criação e aplicação de tais normas. Porém, em situações como a descrita, não é isso que ocorre, em verdade, como demonstra o estudo das fontes materiais de tais normas.

Nesse sentido, como aponta Reis, tão logo se percebeu que a intenção dos imigrantes era de prosseguir no país, em meio ao final dos trinta anos gloriosos, já nos anos setenta, surgiu a Circular, de 05/07/1974, a qual estabeleceu o fim da imigração, para fins de trabalho, o que aumentou o número de imigrantes ilegais, no País<sup>1744</sup>. Logo, o enorme fluxo de mão-de-obra, que serviu para suprir o gargalo estrutural existente na economia europeia, em especial,

---

<sup>1743</sup> MORENO, Francisco. Immigration: **Ni Assimilation ni Multiculturalisme**. In [www.contrepoints.org/2015/11/10/228504-immigration-viii-ni-assimilation-ni-multiculturalisme](http://www.contrepoints.org/2015/11/10/228504-immigration-viii-ni-assimilation-ni-multiculturalisme). Acesso em 26/12/2016. 22:38 h. p. 1/3.

<sup>1744</sup> REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 120.

durante os períodos de expansão econômica - sendo então bastante útil -, tornou-se, na década de setenta, algo relacionado à criminalidade.

É observado que, apesar da proporção de imigrantes na população não ter aumentado, por exemplo, entre 1975 e 1990, isso não impediu que o fenômeno passasse a ser visto como um problema, o que se deu, muito provavelmente, pela mudança qualitativa na composição dessa população de imigrantes, com um aumento proporcional do número de africanos e asiáticos, sem falar no fato de uma parte dos imigrantes de 1975 ter sido naturalizada e, no entanto, ainda sendo percebida como estrangeira<sup>1745</sup>.

Em termos de estatísticas mais recentes, em 2014, a França foi apenas o terceiro país europeu que mais acolheu imigrantes (339.900), quase a metade da Alemanha (884.900)<sup>1746</sup>. Em número de não-nacionais, vivendo em seu território, em 01/01/2015, a França é apenas o quinto dos europeus (4,4 milhões), atrás da Alemanha (7,5 milhões), Reino Unido, Itália e Espanha<sup>1747</sup>. Em aquisições de nacionalidade, no ano de 2014, a França também é a quinta na Europa, atrás da Espanha (205.900), Itália, Reino Unido e Alemanha.<sup>1748</sup> Em termos de União Europeia como um todo, o principal grupo de novos cidadãos, de países terceiros, em 2014, veio do Marrocos (92.700, com 10,4% do total), da Albânia (41.000, com 4,6% do total), da Turquia (37.500, com 4,2% do total), da Índia (35.300, com 4,0% do total) e do Equador (34.800, com 3,9% do total). A maior parte dos marroquinos não vai para a França, mas para a Espanha (38%), a Itália (31%), sendo a França somente o terceiro destino preferido, ao contrário do que se poderia pensar (20%)<sup>1749</sup>.

A percentagem de imigrantes na população francesa, em 2010, seria de 11% (contando como imigrantes, os franceses nascidos no estrangeiro) ou apenas 8% (contando somente as pessoas nascidas estrangeiras, no estrangeiro, que emigraram para a França). Em termos de democracias industriais – grupo determinado para fins de comparação estatística, em razão da semelhança de contexto -, a Austria tinha 16%; a Suécia, (14%); a Espanha, (14%), os Estados Unidos (13%); a Alemanha (13%)<sup>1750</sup>; todos com percentagem superior à francesa.

<sup>1745</sup> REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 120.

<sup>1746</sup> [www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration\\_migrant\\_population\\_statistics/fr](http://www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_migrant_population_statistics/fr). Acesso em 27/12/2016. 16:53 h.

<sup>1747</sup> [www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration\\_migrant\\_population\\_statistics/fr](http://www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_migrant_population_statistics/fr). Acesso em 27/12/2016. 16:53 h.

<sup>1748</sup> [www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration\\_migrant\\_population\\_statistics/fr](http://www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_migrant_population_statistics/fr). Acesso em 27/12/2016. 16:53 h.

<sup>1749</sup> [www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration\\_migrant\\_population\\_statistics/fr](http://www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_migrant_population_statistics/fr). Acesso em 27/12/2016. 16:53 h.

<sup>1750</sup> PILSON, Gilles. **Le Nombre et La Part des Immigrés dans La Population: Comparaisons Internationales**. Paris: Population & Sociétés, n. 472, novembro/2010. In [www.ined.fr/fichier/s\\_rubrique/203/pop\\_et\\_soc\\_fr\\_472.2010.fr.pdf](http://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/203/pop_et_soc_fr_472.2010.fr.pdf). Acesso em 27/12/2016. 17:28 h. p. 1.

Interessante notar que a França, como os Estados Unidos, são países que, normalmente, recebem imigrantes. No século XIX, de países vizinhos (Bélgica, Inglaterra, Alemanha, Suíça); antes da Primeira Guerra Mundial, da Polônia, da Itália, da Espanha; depois da Segunda Guerra Mundial, de Portugal e dos países do Maghreb; e, mais recentemente, da África subsaariana e da Ásia.<sup>1751</sup>

Então, por que razão os “*affaires du foulard*” não surgiram nesses países, que vêm recebendo mais imigração, vindo a ocorrer na França – embora, não apenas nela ?

Em primeiro lugar, situação ruim dos imigrantes acentuou-se, com a crise econômica ocorrida na transição do padrão de acumulação fordista para o flexível e pela subsequente crise do Estado de Bem Estar Social, que fazia parte do aparato fordista, como se viu, porque as suas famílias costumam ser numerosas, de modo que, em especial, africanos e árabes são vistos como se abusassem dos benefícios sociais.<sup>1752</sup>

Afirma a pesquisadora que, nos anos oitenta, em especial, a segunda geração de magrebinos (“*beurs*”), através de associações e de reivindicações, começa um movimento de índole multicultural, visando a valorização da diferença, o que choca a opinião pública e incentiva o ressurgimento o tradicionalismo<sup>1753</sup>, o que se reflete nos resultados eleitorais do Front Nacional. Com esses movimentos, os imigrantes passaram a ser responsabilizados pelo desemprego, pela crise do Welfare State, pela insegurança e violência nas grandes cidades, resultando na expressão “o problema dos estrangeiros”.<sup>1754</sup>

Especificamente, o movimento Beurs surgiu após eventos ocorridos em um conjunto habitacional, na cidade de Venissieux, em 1981, tendo ocorrido enfrentamentos entre a polícia e jovens da periferia, o que proporcionou um aproveitamento político, por parte dos partidos de direita. Segundo Abdallah<sup>1755</sup>, esses protestos foram amplificados pelo fato de ter ocorrido uma série de demissões e de fechamento de fábricas, que fez com que quase um terço dos habitantes desse conjunto habitacional tivesse de ir embora, em busca de melhores condições (de 9200 apartamentos, quase 3000 ficaram vazios). Isso teria levado a um esgarçamento do tecido social.

Como consequência, a polícia francesa, segundo a versão de Abdallah<sup>1756</sup>, teria passado a tratar os jovens desse conjunto habitacional como “delinquentes estrangeiros”, sendo alguns presos, para fins de expulsão da França, o que só não foi feito, por conta de

<sup>1751</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1752</sup> REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 120.

<sup>1753</sup> Ibid. p. 121.

<sup>1754</sup> Ibid. p. 121.

<sup>1755</sup> ABDALLAH, Mogniss H. 1983: **La Marche pour L'Égalité**. Plein Droit, n. 55, dezembro/2002. p. 1.

<sup>1756</sup> Ibid. p. 1.

protestos, que incluíram greves de fome de alguns notáveis, como Christian Delorme, o padre que atendia a região denominada Minguettes. As regiões com jovens imigrantes desempregados passaram a ser chamadas pela imprensa de “santuários fora-da-lei” ou “zonas proibidas”. Com fundamento na alegada “fraqueza do Estado”, chegou-se a sugerir a aplicação de penas a crianças de seis a dez anos, que estivessem roubando, a fim de aplicar-se um “choque salutar”. Em suma, uma realidade que não é muito diferente daquela das favelas das grandes cidades brasileiras.

Em função dessa situação, após graves enfrentamentos com a polícia, que se estenderam até 1983, foi criada a associação “SOS Avenir Minguettes”, que formulou uma série de reivindicações relativas à polícia e à justiça, além da reabilitação dos conjuntos habitacionais, mas em 20/06/1983, o presidente da associação foi baleado gravemente na barriga, por uma ação policial, que prendeu grevistas de fome. A situação se agravou em todo o país, culminando com a morte de uma criança de nove anos, pela violência policial.<sup>1757</sup>

Surgiu, então, a idéia da realização de uma marcha, para que o movimento pela igualdade se dirigisse ao país inteiro, o que veio a ocorrer em 1983, o que gerou o reconhecimento público do “fenômeno beur”<sup>1758</sup>, que é, essencialmente, um movimento anti-racista.

Dessa forma, o surgimento de reivindicações de natureza multiculturalista estaria na raiz do ressurgimento do tradicionalismo, que exige a assimilação do imigrante, não apenas integração. Isso explica a natureza nada neutra das medidas governamentais francesas, que foram corroboradas no Caso Kervanci.

Assim, muito recentemente, já após a ascensão do padrão de acumulação flexível, é identificada a existência de três momentos importantes da legislação francesa sobre nacionalidade e imigração. O primeiro, com as tentativas de modificação do Código de Nacionalidade (compilação de normas de 1973), a partir dos anos oitenta, sendo que, não ocorria qualquer modificação nessa área, desde 1945. Em um segundo momento, vieram as Leis Pasqua, que trataram do combate à imigração clandestina, tendo parcialmente fracassado, o que levou ao terceiro momento, que foi a adoção da Lei Debré.<sup>1759</sup>

O que demonstra a pesquisadora é que a fusão dos ideais tradicionalistas do Front Nacional, com o discurso da ideologia republicana, veio com as Leis Pasqua, de modo que, o respeito aos imigrantes como comunidade, que era o princípio anterior, veio a ser substituído

---

<sup>1757</sup> Ibid. p. 2.

<sup>1758</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1759</sup> REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 121.

pelo respeito à França como comunidade<sup>1760</sup>. Iniciou-se a era da proteção à maioria contra a minoria, etnicamente diferente.

Assim, um discurso que se destinava a questionar a desigualdade, na década de oitenta, foi apropriado por uma extrema-direita xenófoba, para justificar a exclusão das minorias. Exemplo dessa exclusão está nos controles de identidade preventivos nas ruas, com base em qualquer critério que pudesse identificar uma pessoa como estrangeira, menos a raça.<sup>1761</sup> Tal medida foi impopular até entre integrantes do governo, porque se assemelhavam às práticas anti-semitas da França de Vichy, o que apenas motivou mudança de linguagem, mas não a retirada do projeto.<sup>1762</sup>

As leis Pasqua<sup>1763</sup>, de 1993, da época do governo Balladur, dificultaram a concessão de nacionalidade francesa a jovens de 16 a 21 anos, nascidos na França e de pais estrangeiros; promoveu um atraso de um a dois anos, na concessão de nacionalidade a estrangeiro, por casamento; promoção da imigração zero, com controle das condições de entrada e de acolhimento dos estrangeiros, em situação irregular, dentre outros aspectos restritivos.

Uma série de medidas (quarenta e seis) ainda mais repressivas veio com a Lei Debré, em 10/04/1996, como é o caso, por exemplo, da regra de negativa de ajuda médica ao estrangeiro, exceto nos casos de doença contagiosa ou de urgência.<sup>1764</sup>

Em conclusão, dentre outros aspectos, Reis destaca a tensão entre os direitos do homem e os direitos (e deveres) do cidadão, no seio da sociedade francesa, em um contexto de globalização e de integração européia, no bojo do crescimento de um sentimento anti-estrangeiro. Nesse mesmo contexto fático, o governo tentou proibir o uso de palavras do idioma inglês nos meios de comunicação e iniciou-se uma discussão sobre a eventual proibição do uso do véu islâmico nas escolas. Logo, essas proibições refletem uma dúvida da sociedade francesa sobre a própria identidade, o que fez com que, qualquer signo de estranheza na sociedade seja percebido como ameaça, o que fez ressurgir o tradicionalismo.<sup>1765</sup>

Acerca do véu islâmico, houve um manifesto contrário à proibição, publicado em 28/11/1989, onde se lê que a República “não é um mosaico de guetos, onde a lei do mais forte

---

<sup>1760</sup> Ibid. p. 126.

<sup>1761</sup> Ibid. p. 126.

<sup>1762</sup> Ibid. p. 127.

<sup>1763</sup> GRACIEUX, Christophe. **Loi Pasqua sur les Conditions d'Entrée et de Séjour dès Immigrés**. Paris: Jalons, 19/06/1993. p. 1.

<sup>1764</sup> REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 129.

<sup>1765</sup> Ibid. p. 136.

pode assumir as vestes de liberdade para todos”.<sup>1766</sup> Assim, conclui o manifesto, um “sinal de pertencimento religioso não pode constituir um motivo de exclusão do aluno”.<sup>1767</sup>

Esse manifesto, assinado por intelectuais de esquerda, realizou uma comparação da situação do véu islâmico com o Tratado de Munique, de 1938, dizendo que a retirada das crianças islâmicas da escola pública seria “o Munique da escola republicana” e que a destruição da escola precipitaria a destruição da República, que seria a figura francesa da democracia<sup>1768</sup>.

É exatamente esse o ponto. O Conselho de Estado, inicialmente, permitiu que os alunos viessem a freqüentar novamente a escola, mas, outros conflitos surgiram. Por isso, as meninas foram simplesmente expulsas<sup>1769</sup>, apesar da manifestação em sentido contrário do Ministro da Educação, à época, Jospin. Logo, não se pode aceitar, passivamente, que o discurso da neutralidade, consubstanciado na privação de liberdade de um, com vistas à proteção da liberdade dos demais, se limite realmente a essa intenção. Os fatos negam essa interpretação. As fontes materiais das normas limitadoras, na realidade, estão muito mais relacionadas com o tradicionalismo e com o segundo princípio da tolerância religiosa de Montesquieu, do que, propriamente, com liberdade e espaço laico.

Mas, também é verdade que a intolerância e os discursos de ódio, travestidos de liberalismo, laicismo e neutralidade, não se limitam ao ambiente doméstico francês, estando inseridos, do ponto de vista ideológico, em um contexto mais amplo.

O discurso da superioridade moral do Ocidente não está de mãos dadas com uma forma de discurso aparentemente tolerante, há dois dias. É algo que vem de longe. A própria ideologia da liberdade, igualdade e fraternidade, na sua origem, é de liberdade para alguns, igualdade entre os iguais e fraternidade jamais. Um dos responsáveis por formar esse complexo ideológico, em pese haver se referido à tolerância religiosa e à liberdade, em trechos já comentados, estabeleceu uma relação entre cristianismo e governo moderado e islamismo e governo despótico<sup>1770</sup>, a qual, ainda hoje é bastante popular. Recentemente, com a Primavera Islâmica, discutia-se se o Islã seria compatível com um regime democrático e, se das ditas revoluções, poderiam surgir tais regimes. Mais ainda, afirma, *verbis*: “com relação ao caráter da religião cristã e ao da maometana devemos, sem outro exame, acolher uma e

---

<sup>1766</sup> Ibid. p. 136.

<sup>1767</sup> Ibid. p. 137.

<sup>1768</sup> GASPARD, Françoise. **Le Foulard de la Dispute**. Paris: Cahiers du Genre, n. 3, 2006.p. 75/93.

<sup>1769</sup> REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 137.

<sup>1770</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. op. cit. .366.



rejeitar a outra, pois é bem mais evidente que uma religião deve abrandar os costumes dos homens do que ser verdadeira.”<sup>1771</sup>

A crença em uma superioridade moral do Ocidente, matéria que renderia, por si só, um ensaio, quando relacionada ao caso específico do véu islâmico, aponta uma relação ambígua entre os “sonhos secularistas” e os “direitos das mulheres”.<sup>1772</sup>

Afirma-se que a questão dos direitos das mulheres permite visualizar com facilidade as ambigüidades do discurso e das práticas relacionadas à modernidade, em duas de suas vertentes principais: a secularização e os direitos humanos.<sup>1773</sup> Assim, a discussão dos direitos humanos das mulheres é manipulada por “aproximações que parecem colocar ainda mais véus sobre elas” – exatamente, como faz a Corte Européia, sem que isso tenha sido alegado pelas partes, no Caso Kervanci, tomando a questão do gênero para a sua fundamentação e escancarando a sua crença na superioridade moral de um modelo ocidental, em face de tradições religiosas, que considera hostis -, com base em um modelo único de feminismo.<sup>1774</sup>

Afirma Toldy que, especialmente, após o Onze de Setembro, essa manipulação é visível nas interpretações e avaliações do estilo de vida das mulheres islâmicas, a chamada “estranheza cultural”.<sup>1775</sup>

A estranheza (“*Fremdheit*”) cultural estaria para a alienação (“*Entfremdung*”), da mesma forma que a Pós-modernidade está para a Modernidade, tratando-se de paradigmas culturais dessas respectivas épocas<sup>1776</sup>. A alienação refere-se à identidade, enquanto a estranheza, à alteridade. Ora, como o saber é uma forma de poder, o vago, o ininteligível e o inacessível teriam, então, uma “função de salvaguarda”. Por isso, nesse contexto, o estranho ofereceria uma resistência contra a razão e a normatização<sup>1777</sup>. Em uma sociedade como a francesa, fortemente normalizadora, a resistência à norma que impede a ostentação de símbolos religiosos no espaço público é apta a gerar um estranhamento cultural, que apenas reflete uma disputa de poder em vários níveis: cristianismo majoritário contra religiões ainda não estabelecidas, o conflito hierárquico professor contra alunas, o conflito que envolve

<sup>1771</sup> Ibid. 367.

<sup>1772</sup> TOLDY, Teresa Martinho. “Sonhos Secularistas” e “Direitos das Mulheres”: Notas acerca de uma “Relação Ambígua”. Revista Crítica de Ciências Sociais, vol. 90, 2010. Acesso em <http://rccs.revues.org/1754>. 26/10/2104.13:38 hrs. p. 5.

<sup>1773</sup> Ibid. p. 5.

<sup>1774</sup> Ibid. p. 5.

<sup>1775</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1776</sup> MELO, Suzana Vasconcelos de. **Alienação (*Entfremdung*) e Estranheza (*Fremdheit*): Dois Paradigmas Culturais do Ocidente**. São Paulo: Pandaemonium, n. 17, julho/2011.p. 1.

<sup>1777</sup> Ibid. p. 15.

feministas contra opressores que obrigam o uso do véu, dentre outros. É, acima de tudo, um conflito de valores.

Faz parte dessa estranheza, a reemergência do impacto público da religião, porque os diversos papéis que as religiões atribuem às mulheres e, como consequência, a concepção que cada religião tem dos fundamentos e expressões dos direitos humanos das mulheres, além da maneira como a “tábua de valores” afeta a sua vida.<sup>1778</sup> Ora, quando se atribui à religião dos outros um descumprimento dos direitos humanos das mulheres, por outro lado, se estabelece uma escala do grau de medição de perfeição de uma determinada cultura, sociedade e estilo de vida – inclusive, religião -, o que leva à imputação ao Islã de desrespeito a tais direitos, que representaria um atraso social, político e cultural de tais sociedades<sup>1779</sup>, o que, por sua vez, também funciona como um alibi para mais alguma aventura dos neocruzados, nas regiões petrolíferas do Oriente Médio, por exemplo.

A secularização, assim como a emancipação, faz parte de um projeto relacionado ao paradigma moderno, do mundo ocidental. Projetos esses que têm sido abandonados, com o surgimento de uma sociedade “pós-secular” e com o reforço experimentado por expressões religiosas estranhas à cosmovisão dominante, no espaço cultural e geográfico dessa metade do mundo.<sup>1780</sup>

O projeto da Modernidade de racionalidade universal levou à separação entre Igreja e Estado, o que acarreta reações fundamentalistas – cristãs e islâmicas -, que têm no secularismo o principal inimigo, em razão de sua visão antropocêntrica.<sup>1781</sup>

Esse conceito de secularização engloba a separação entre Igreja e Estado, mas também, a apropriação dos bens eclesiais ou a autonomia face aos símbolos religiosos<sup>1782</sup>, o que é o caso analisado. Porém, o que tem ocorrido, tanto na Cristandade, quanto no Islã, é uma desprivatização da religião, tendo ela recuperado poder político – como é o caso da influência da opinião dos candidatos sobre temas de fundo religioso, como o aborto ou o casamento gay, no resultado das eleições.

Do ponto de vista do Islã, o tema é descrito magistralmente por Huntington<sup>1783</sup>, quando se refere ao “ressurgimento islâmico”, que inclui um rechaço à civilização ocidental,

---

<sup>1778</sup> TOLDY, Teresa Martinho. op. cit. p. 6.

<sup>1779</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1780</sup> Ibid. p. 8.

<sup>1781</sup> Ibid. p. 9.

<sup>1782</sup> Ibid. p. 9.

<sup>1783</sup> HUNTINGTON, Samuel P. op. cit. p.129/144.

em que pese a aceitação da modernidade, o que leva a um renovado interesse pelo Islã como um guia cultural, religioso, social e político.<sup>1784</sup>

Assim, faz-se um esforço para substituir o direito ocidental pelo direito islâmico, maior uso da linguagem e do simbolismo religioso, expansão da educação islâmica, maior adesão aos códigos islâmicos de conduta social (inclusive o véu), maior participação nas práticas religiosas, dentre outros.<sup>1785</sup>

Mais adiante, ao comentar sobre o conflito antigo entre o mundo ocidental e o Islã, Huntington enumera cinco motivos que levaram a um incremento dessas tensões, no século XX: crescimento da população muçulmana, que gera grande quantidade de desempregados, os quais, por sua vez, exercem pressões sobre sociedades vizinhas e imigração; o ressurgimento islâmico, já mencionado; o esforço do Ocidente de universalizar os seus valores e instituições, manter a sua superioridade militar e econômica, o que conduz à intervenção em conflitos no mundo muçulmano, criando ressentimentos; o fim do comunismo, que acabou com um inimigo comum; e o crescente contato entre cristãos e muçulmanos, o que estimula, em cada um, um sentido novo de identidade própria e de diferenciação.<sup>1786</sup>

Sobre o tema da universalização de valores ocidentais – que tem como base a crença na superioridade moral do ocidente -, já se disse que a imposição dos direitos humanos “*prêt-a-porter*” é ineficaz, sendo necessário um tratamento diferenciado para questões de índole superestrutural, tendo sido analisado, naquela ocasião, o horizonte indiano<sup>1787</sup>. O Ocidente quer exportar o seu modo de pensar, vestir e se relacionar com a divindade, da mesma forma que exporta o seu modo de produção. Exportação imposta, através de organizações internacionais, inclusive. Especialmente, as relacionadas aos direitos humanos.

Ao mesmo tempo em que tentar impor os seus valores, calcado em uma pretensão superioridade moral, nos seus domínios, estabelece-se uma divisão entre os que estão do “nosso lado da linha” e aqueles que estão “do outro lado”, um processo de classificação por linhas civilizacionais – tal como faz Huntington, aliás -, que serve para confinar identidades antagônicas.<sup>1788</sup> Ao mesmo tempo, no que categoriza, também faz aparecer uma estereotipização do outro.<sup>1789</sup>

---

<sup>1784</sup> Ibid. p. 130.

<sup>1785</sup> Ibid. p. 131.

<sup>1786</sup> Ibid. p. 252.

<sup>1787</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **A Pretendida Universalização dos Direitos Humanos vs. Realidade Cultural – O Caso Indiano**. BORGES, Paulo; JUNIOR, Lier Pires Ferreira (Orgs.). Direitos Humanos e Direito Internacional. op. cit. p.332/334.

<sup>1788</sup> TOLDY, Teresa Martinho. op. cit. p. 12.

<sup>1789</sup> Ibid. p. 12.

Como decorrência desse processo de categorização, desenvolveu-se uma “hermenêutica da suspeita”, segundo a qual, o lado de cá tenta desconstruir o que entende ser uma tendência agressiva disfarçada, inerente à religião islâmica.<sup>1790</sup>

Essa tendência já era observada no período anterior à Revolução Francesa, como se vê, *verbis*: “A religião cristã está afastada do puro despotismo: é que, sendo a brandura tão recomendada no Evangelho, ela se opõe à cólera despótica com a qual o príncipe faria justiça e exerceria suas crueldades”. Prossegue o Baron de La Brède et de Montesquieu, *verbis*: “Proibindo esta religião a pluralidade de esposas, os príncipes são menos enclausurados, menos separados de seus súditos e, conseqüentemente, mais homens; estão mais dispostos a fazer leis e mais capazes de sentir que não podem tudo.” Já os príncipes islâmicos, por sua vez, “condenam incessantemente à morte, ou são mortos”.<sup>1791</sup>

Como conseqüência, estabelece-se, no Ocidente, um “jogo complexo de utilização do argumento do secularismo (aqui no sentido de ‘laicidade’), para excluir ou inviabilizar aqueles que (...*omissis*...) possuem uma identidade religiosa não cristã.”<sup>1792</sup>

Dentro dessa idéia de “hermenêutica da suspeita”, no que toca ao discurso dos direitos das mulheres, identifica-se um “eterno triângulo da mulher muçulmana em perigo, do homem muçulmano perigoso e da Europa civilizada”. O passo seguinte é a alegada defesa dos seus interesses, no domínio público, por exemplo, impedindo o uso de burca na França.<sup>1793</sup>

O discurso desenvolve-se, assim, no sentido de declarar a existência de um pluralismo, onde reina a diversidade, mas, onde existe uma unidade cultural e civilizacional, de modo que, ser francês pressuporia considerar-se herdeiro da Cristandade e do Iluminismo. Logo, deve haver respeito a todas as crenças, inclusive o secularismo e o ateísmo, mas não deve haver tolerância com a “violência e o ódio” contra o outro – o que incluiria o uso da burca -, de modo que, ser francês implica aderir a uma civilização específica, com seus valores e costumes.<sup>1794</sup>

Por conseqüência, vedar o uso da burca ou do véu islâmico, por uma menina de onze anos, na aula de Educação Física, é uma arma de ataque cultural, com referência a um laicismo pluralista, que tem que respeitar os valores da Cristandade.<sup>1795</sup>

Desenvolveu-se, assim, um “universalismo colonial da racionalidade ocidental”, segundo o qual, o feminismo, segundo o modelo ocidental, seria a única forma possível para a

<sup>1790</sup> Ibid. p. 12.

<sup>1791</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. op. cit. p. 366.

<sup>1792</sup> TOLDY, Teresa Martinho. op. cit. p.14.

<sup>1793</sup> Ibid. p. 14.

<sup>1794</sup> Ibid. p. 15.

<sup>1795</sup> Ibid. p. 16.

emancipação das mulheres, viabilizando-se o ataque cultural à comunidade muçulmana, na França. Sob a proteção “neutra” da “lei” e do Estado.

Mas que “neutralidade” é essa?

Ficou evidenciado, por todo o exposto, que a “lei” francesa e o Estado francês, secundados pela jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, em reiteradas decisões, não é neutra, como supõe o paradigma liberal.

Como se esclarece, o objetivo da lei anti-véu francesa, a primeira a vir a tona no mundo, em 2011 – portanto, posteriormente aos eventos narrados no presente trabalho, provavelmente, como resultado do reforço positivo dado pela Corte -, teria como objetivo defender a liberdade religiosa, proteger a formação da identidade feminina, porque o véu islâmico “danifica a identidade da mulher, o que é inaceitável na sociedade francesa”.<sup>1796</sup> Porém, as principais motivações seriam o preconceito religioso e étnico contra os muçulmanos, como forma de manter a identidade cultural francesa.<sup>1797</sup> Assim, o Estado francês estaria se utilizando das leis para subjugar crenças minoritárias, o que romperia com o paradigma de pluralismo democrático. Nessa mesma toada, para proteger a dignidade da mulher muçulmana, se retiraria a sua própria liberdade, caso seja vontade sua o uso do véu.<sup>1798</sup>

É evidente, que a lei francesa e, antes dela, o conjunto legislativo que a Corte Européia de Direitos Humanos considerou ser lei em sentido material, não são neutros. Porque, na realidade, nada o é. É certo que o próprio neutralismo é, em si mesmo, uma tomada de posição.

A Fenomenologia já é bastante conhecida e se sabe que ela rompeu com o paradigma de neutralidade do observador, porque ela nos ensina que o observador “A” e o observador “B” vão ter sempre visões diferenciadas do que seja o objeto, não nos sendo dado conhecê-lo, objetivamente. Tal ruptura de paradigma na Epistemologia parece não ter chegado à Filosofia do Direito ou ao próprio Direito, que ainda parte de um pressuposto de neutralidade, como se observa dos exemplos acima descritos.

Nesse sentido, o laicismo no espaço público seria uma escolha neutra, do legislador francês, para garantir a liberdade de religião de todos. É o chamado “modelo francês de laicismo”, que é mais rigoroso que outros, na manifestação religiosa em locais públicos,

---

<sup>1796</sup> MONTEIRO, Henrique; et alli. **Diversidade Cultural e Religiosa na União Européia: Desafios para um Cenário de Maior Tolerância, Pluralismo e Coesão Social na Região**. Justiça Enquanto Responsabilidade. São Paulo: Cultura, 2014.p.111.

<sup>1797</sup> Ibid. p. 111.

<sup>1798</sup> Ibid. p. 111.

mercê de contingências históricas, como as Guerras de Religião, o Edito de Nantes e a Noite de São Bartolomeu, não necessariamente nessa ordem e embora também seja sabido que “Paris bem vale uma missa!”.

O espírito do ordenamento, que baseou o julgamento do Caso Kervanci, a Convenção Européia de Direitos Humanos, por sua vez, também se assenta, ideologicamente, sobre um neutralismo, fortemente calcado no republicanismo kantiano, o qual, segundo Habermas<sup>1799</sup>, parte da intuição que ninguém pode ser livre à custa da liberdade do outro. Logo, como os indivíduos vão se diferenciando pela socialização, a liberdade de um une-se a todos os outros, não apenas sob a forma de limitações mútuas, mas também, por força de uma “autolegislação exercida em conjunto”. Partindo do princípio que todos são livres e iguais, todos precisam entender-se em conjunto, como autores das leis, às quais se sentem individualmente vinculados, também como seus destinatários. Assim, o uso público da razão legalmente institucionalizada, no processo democrático, representaria a chave para a garantia de liberdades iguais.

Assim, do ponto de vista habermasiano-kantiano, existiria um neutralismo de fundo procedimental, que parte de uma premissa bastante complicada, que é a de que são os sujeitos em uma sociedade “livres e iguais”, bem como, que, no processo de discussão, para a aprovação das leis, estariam presentes condições ótimas de publicidade, de acesso à informação, de representação, da oportunização de voz, o que é algo quase tão fantástico quanto as idéias de “véu da ignorância” ou “caixa preta”.

Pode-se imaginar o imenso debate democrático que antecedeu os regulamentos administrativos franceses, que acabaram por proibir o acesso à escola pública, de uma menina de onze anos, porque a sua cultura religiosa exige que se utilize de um véu. Seguramente, foi concedida toda a oportunidade à comunidade de imigrantes muçulmana, de expressar o seu ponto de vista, na condição de livres e iguais.

Tais normas não são neutras, nem em conteúdo, nem no seu procedimento de criação, nem mesmo o seriam, se as mais perfeitas condições habermasianas estivessem presentes.

Mais do que isso, em termos europeus, a idéia de construção de uma paz cosmopolita, a partir de ideais de Kant e Habermas, com a integração européia, esbarra na suspeita de que o processo político e democrático de integração constante acabe por, contraditoriamente, impor

---

<sup>1799</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política.** op. cit. p. 123.

essa ordem jurídica cosmopolita e que, afinal de contas, ela não seja tão cosmopolita assim, eis que não há o respeito a culturas minoritárias.<sup>1800</sup>

De fato, observa-se o surgimento de um sistema jurídico transnacional, “que atua sem respeito à nacionalidade ou à cidadania” e que fecha as suas fronteiras para não-europeus e que permite entrever um aumento do número de casos da Corte Européia de Direitos Humanos, de “negação a culturas menos evidentes”, sob o fundamento de que, quando estão em jogo questões sobre a relação entre o Estado e religiões, deve ser dada maior importância ao “decisor nacional”<sup>1801</sup>. Esse é exatamente a hipótese sob exame e ela nada tem de neutralidade. Seguramente, também no plano europeu, as instituições legislativas e jurisdicionais, apesar do tão propalado projeto cosmopolita, não oferecem condições democráticas mínimas para os debates sobre a razão pública, que poderia conduzir à proteção das liberdades de todos.

Com efeito, prossegue o autor, afirmando que o que Habermas não era capaz de traduzir era o fato de que esse “pluralismo cosmopolita” não estava sendo formulado em uma sociedade de Estados “livres”, mas sendo delineado em prejuízo de culturas menos dominantes, de modo que, nas suas instituições supranacionais – que, insiste, nada têm a ver com a visão kantiana de cosmopolitismo -, as tendências jurisprudenciais migrariam em favor das culturas dominantes.<sup>1802</sup> Por isso, afirma que Habermas não é a Europa e que a Europa não é Habermas.<sup>1803</sup>

De fato, institucionalmente, a União Européia é a antítese de um cosmopolitismo, porque ela tenta absorver as múltiplas identidades, existentes em um dado território, realizando-se a filtragem e o condicionamento das múltiplas identidades ao domínio maior de outras identidades nacionais universais.<sup>1804</sup>

Assim, a construção de uma sociedade europeia mais parece um pacto imperialista, do que uma abertura democrática, dificultando o enquadramento das identidades culturais, étnicas e religiosas, que se situem fora do âmbito das identidades nacionais e europeias.<sup>1805</sup> Diante desse relato, onde estão os “livres” e os “iguais”, do procedimento deliberativo democrático?

---

<sup>1800</sup> CELOTO, Ronaldo Marcio de Campos. **Uma Europa Cosmopolita ?** Aveiro: Debater a Europa, n.9, julho/dezembro 2013.p.49.

<sup>1801</sup> Ibid. p. 50.

<sup>1802</sup> Ibid. p. 58.

<sup>1803</sup> Ibid. p. 60.

<sup>1804</sup> Ibid. p. 62.

<sup>1805</sup> Ibid. p. 62.

Sob esse prisma, é muito conveniente reproduzir a pergunta formulada pelo autor, ao indagar se a Europa é cosmopolita ou imperialista, *verbis*: “Pergunte a um muçulmano como a sua cultura é tratada pela Corte Européia de Direitos Humanos. Pergunte à própria Corte Européia de Direitos Humanos, como ela permite que crianças sejam expulsas em escolas da França, por insistirem em manter a sua cultura religiosa e usar a burca.” Prossegue Celoto, indagando “em que escala de direitos supranacionais é permitido avaliar e tipificar a conduta de um ser humano, para lhe garantir o exercício de um direito cívico? Por fim, questiona se o imperialismo não estaria ressurgindo, exatamente sob a égide dos direitos humanos .<sup>1806</sup>

A crítica tem o seu lugar. Falando sobre a dimensão internacional dos direitos humanos e a sua influência no Direito Internacional Privado, Arroyo afirma que países com tradições comuns compartilham uma grande quantidade de valores, mas que, isso “não implica uniformidade absoluta, nem carência de conflitos”, fornecendo o exemplo europeu, onde os ordenamentos estatais, não necessariamente aplicam, por igual, todos os princípios estabelecidos pelo Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de Roma e desenvolvidos pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>1807</sup>. Felizmente, não.

Outra senda liberal, que se baseia na idéia de neutralidade é a de Rawls, que tentou tratar do tema da relação entre a religião e razão pública em uma democracia.<sup>1808</sup> Rawls, que era criticado por Habermas, na obra anteriormente citada, inicia o seu raciocínio, perguntando como seria possível a alguém que professa uma doutrina religiosa, baseadas em autoridades como a Bíblia ou a Igreja, compartilhar, ao mesmo tempo, uma concepção política razoável, que sustente uma democracia constitucional razoável?<sup>1809</sup> Tais doutrinas religiosas podem ser compatibilizadas com uma concepção política liberal?<sup>1810</sup> Afirma ele não bastar que tais doutrinas aceitem o regime democrático, como um simples modo de vida. É preciso que adiram aos seus ideais e valores intrínsecos, não apenas admitir o equilíbrio de forças políticas e sociais.<sup>1811</sup> Ou, mais precisamente, é necessário que tais crentes possam apoiar um regime constitucional, mesmo quando tais doutrinas religiosas – ou seculares – podem se ver afetadas

---

<sup>1806</sup> Ibid. p. 64.

<sup>1807</sup> ARROYO, Diego P. Fernández. El Derecho Internacional Privado em El Inicio del Siglo XXI. MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia de. **O Novo Direito Internacional. Estudos em Homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 102.

<sup>1808</sup> RAWLS, John. **El Derecho de Gentes y Una Revisión de La Idea de Razón Publica**. Barcelona: Paidós, 2001. p. 173/176.

<sup>1809</sup> RAWLS, John. **El Derecho de Gentes y Una Revisión de La Idea de Razón Publica**. op. cit. p. 173.

<sup>1810</sup> Ibid. p. 173.

<sup>1811</sup> Ibid. p. 173.



e declinar. Para tanto, Rawls se volta para a significação do conceito de legitimidade e do papel da razão pública, na determinação da lei legítima.<sup>1812</sup>

Assim, Rawls dá dois exemplos de sociedades, nas quais, há estabilidade, mas pelos motivos errados. Na primeira, o princípio da tolerância religiosa é respeitado apenas como modo de vida. Há um grupo dominante, que impõe a sua doutrina religiosa como a única fé admissível. Em uma sociedade em que muitas denominações compartilham tal atitude e presumem que as suas congregações permanecerão estáveis, por tempo indefinido, terão uma constituição similar à dos Estados Unidos, que protege a liberdade religiosa de religiões profundamente divididas e, mais ou menos, iguais em poder político. A Constituição é assim acatada como um pacto para manter a paz civil. Nessa sociedade, as questões políticas podem ser debatidas em termos de idéias e valores políticos, a fim de evitar um conflito religioso ou a hostilidade sectária. A razão pública, nesse caso, serve para reduzir as divisões e estimular a estabilidade social. Há estabilidade, mas, não pelas razões corretas, ou seja, adesão firme aos ideais e valores políticos e morais da sociedade democrática.<sup>1813</sup>

No segundo exemplo dado por Rawls, há uma sociedade democrática, na qual, os cidadãos aceitam como princípios políticos e morais das cláusulas constitucionais substantivas, que garantem as liberdades religiosas, políticas e civis, mas, a sua lealdade a tais princípios constitucionais é tão limitada, que ninguém está disposto a ver que a sua própria doutrina religiosa – ou não-religiosa – venha a perder influência ou prosélitos e todos estão prontos a resistir ou desobedecer as leis, que consideram injustas. Tal estado de coisas se mantém até que se consagrem todas as liberdades constitucionais e a doutrina em questão esteja completamente segura. Aqui, nesse exemplo, a democracia é aceita de modo condicional e não pelas razões corretas.<sup>1814</sup>

Afirma Rawls, que os dois exemplos têm em comum o fato da sociedade se dividir em grupos separados, cada um dos quais, tendo interesses fundamentais distintos e opostos aos dos demais grupos, até o extremo de chegar a resistir ou violar a lei democrática legítima.<sup>1815</sup>

No primeiro exemplo, se trata do interesse da religião em estabelecer a sua hegemonia, enquanto, no segundo, do interesse fundamental da doutrina religiosa – ou não-religiosa -, de manter certo grau de influência e de êxito.<sup>1816</sup>

---

<sup>1812</sup> Ibid. p. 173.

<sup>1813</sup> Ibid. p. 173/174.

<sup>1814</sup> Ibid. p. 174.

<sup>1815</sup> Ibid. p. 174.

<sup>1816</sup> Ibid. p. 174.

Diz Rawls que um regime democrático exige, necessariamente que, como cidadão igual, cada um de nós aceite as obrigações da lei legítima, abandonando, de vez, a esperança de mudar a Constituição, para estabelecer a hegemonia da nossa religião ou de condicionar o cumprimento de nossas obrigações, a assegurar a influência e o êxito da nossa religião. Tais esperanças e propósitos seriam contraditórios com a idéia de liberdades básicas iguais para todos os cidadãos livres e iguais.<sup>1817</sup>

Conclui que a única possibilidade das doutrinas religiosas e não-religiosas apoiem um regime constitucional, mesmo quando possam não prosperar e declinar, seria compreender e aceitar que a única maneira justa de assegurar a liberdade de seus partidários, em harmonia com as liberdades iguais de outros cidadãos livres e iguais, seria apoiar uma democracia constitucional razoável.<sup>1818</sup> Ao fazê-lo, a doutrina religiosa poderia dizer que esses são os limites que Deus fixa à nossa liberdade, expressando-se a doutrina não-religiosa de forma diferente. Mas, em qualquer caso, tais doutrinas mostram como a liberdade de consciência e o princípio da tolerância podem conviver com a justiça igual para todos os cidadãos, em uma razoável sociedade democrática, de modo que, os princípios da tolerância e da liberdade de consciência devem ocupar um lugar central em qualquer concepção de democracia constitucional.<sup>1819</sup>

É o que diz Rawls, pressupondo que os atores desse processo, por mais influentes que sejam, aceitarão o crescimento de outra religião, que se oponha à sua, por adesão racional à lei legítima, dos livres e iguais. Assim, se estabelecerá uma "justa regulação da rivalidade entre doutrinas".<sup>1820</sup>

Uma grande contribuição do pensamento de Rawls, para o caso em estudo, que, calcado no Princípio da Laicidade, impede que uma criança de onze anos use um véu islâmico, para fazer exercícios físicos, em uma escola pública, é a equiparação que faz entre doutrina religiosa e não-religiosa, porque, nesse caso, o laico não pode ser o neutro, a prevalecer em um espaço público. O laico é uma idéia religiosa, porque se opõe ao religioso. É uma relação de opostos, ao estilo amor e ódio, de modo que, um só faz sentido pela existência do outro. Um é referenciado ao outro. Ou, em linguagem matemática, um está em função do outro. "Não-religioso" está em função de "religioso", bastando inverter-se o sinal. Só se teme o que se ama.

---

<sup>1817</sup> Ibid. p. 174.

<sup>1818</sup> Ibid. p. 175.

<sup>1819</sup> Ibid. p. 175.

<sup>1820</sup> Ibid. p. 176.

Porém, em que pese tal “*insight*”, que põe em cheque os modelos europeus de laicismo – não é porque o Estado ou o espaço público é laico, que estará assegurada a neutralidade no tratamento da tolerância religiosa. Até porque, a doutrina não-religiosa é apenas mais dos competidores. É mais uma religião – a da não-religião.

E nem se diga que o laicismo, por não se confundir com ateísmo, possa vir a ser o árbitro neutro dessa relação entre as religiões, em um Estado democrático, porque o ateísmo não é a única forma de ideologia de não-religião, havendo outras formas como, por exemplo, o agnosticismo e o próprio laicismo.

A pretensa neutralidade do laicismo é, na realidade, uma opção, como é o próprio ateísmo ou o teísmo. Enquanto opção, ele é parcialidade. Mesmo o não-optar, como já se disse, é uma opção, carregada de valorações.

A ideologia de se excluir manifestações religiosas no espaço público é, desde já, uma opção também de índole religiosa. Uma opção que é feita, dentro dos limites das condições de possibilidade subjetivas, históricas, culturais, políticas. Quem imaginaria um rabino-chefe proibindo manifestações religiosas de qualquer natureza, no espaço público, fora do santo dos santos do Templo de Salomão, para assegurar a liberdade de culto de todos os povos existentes em Jerusalém?

Isso só é possível na França, porque a religião era um dos símbolos do Antigo Regime, tão odiado, a ponto dos próceres jacobinos terem tentado criar uma religião própria, na qual, eram cultuados valores como a Concórdia.

Essa tentativa levou a uma mudança de calendário, onde os meses eram referidos a aspectos do clima, existentes nas diversas estações do ano, como é o caso do “brumário”, do Dezoito Brumário. O mesmo expediente foi tentado, no Nazismo, por ideólogos como Rosenberg, através de uma nova religião pagã. Também houve outras tentativas, como a de Augusto Comte, que criou a Religião Positivista, a Religião da Humanidade, onde, em seus templos, ao invés de retratos de santos, havia estátuas dos outros grandes seres humanos, de todos os tempos, inclusive, pagãos, como filósofos gregos ou imperadores romanos.

Como se vê, em nenhum dos dois casos, há propriamente, uma neutralidade, mas uma tentativa de superação do paradigma religioso anterior – que, aliás, continua sendo, no mundo ocidental, o mesmo.

Sobre esse ponto, vale a crítica, muito bem lançada por alguém que conheceu a França, bastante bem, *verbis*: “O existencialista opõe-se frontalmente a certo tipo de moral laica, que gostaria de eliminar Deus com o mínimo de danos possível. Quando por volta de

1880, os professores franceses tentaram constituir uma moral laica, disseram, mais ou menos, o seguinte: Deus é uma hipótese inútil e dispendiosa; vamos suprimi-la.”<sup>1821</sup>

Ora, o laicismo, que é utilizado no modelo francês, como um critério pretensamente neutro, para regular o espaço público, não o é, sendo uma opção deliberada de negar a divindade, como “hipótese inútil e dispendiosa”, sendo de todo estranho, que mais uma crença religiosa, dentre tantas outras competidoras, no espaço religioso, tenha a proeminência sobre todas as demais, a ponto de se permitir que alguém, que ostente um símbolo religioso, possa se ver privado de instrução pública, ainda que não ofereça qualquer risco real à segurança ou à higiene, como se alegou, temendo-se apenas o seu efeito como instrumento de proselitismo. Ou pior, utilizando-se essa pretensa neutralidade do espaço público laico como arma de ataque cultural.

De qualquer forma, os ideais de Rawls, tanto quanto os de Habermas, sucumbem aos fatos, porque as suas premissas são de uma neutralidade, que não existe no ambiente natural. A neutralidade não faz parte da ordem natural das coisas. Além disso, Rawls inverte a questão, porque não são apenas as religiões ou não-religiões que devem aderir à lei legítima. É preciso que a lei legítima, assim o seja, por comportar todas as religiões ou não-religiões. Mas, para fazê-lo, deve ser minimamente intrusiva na ordem social, sob pena de não obter o consenso necessário para existir.

De qualquer forma, há o problema de que, em assim sendo, deixará muito espaço para a interpretação do aplicador, podendo haver inúmeras declarações do que seja a lei, tantas quantas forem os intérpretes, o que demandará um processo de uniformização, que poderá não gozar da adesão dos crentes e não-crentes, quando for enfrentando os temas mais detalhados, trazidos pelos casos concretos. Em outras palavras, a solução não é simples, no que diz respeito à formula para a obtenção de uma verdadeira liberdade religiosa.

Ora, o artigo 9º da Convenção Européia de Direitos Humanos poderia e deveria ser interpretado com outro olhar, que realmente compatibilizasse as diferentes culturas, preservando as suas liberdades, bastando que a exceção fosse interpretada mais restritivamente. Ou seja, “a proteção dos direitos e liberdade dos demais”, segundo uma ótica de reconhecimento, reconhecimento e valorização do que é diferente, jamais poderia ser invocada contra uma criança de onze anos, que lutava para manter a sua identidade cultural e religiosa, pura e simplesmente, por tentar continuar utilizando um pedaço de pano leve, sobre a sua cabeça, em uma aula de Educação Física.

---

<sup>1821</sup> SARTRE, Jean-Paul. **L'Existencialisme est un Humanisme**. Paris: Nagel, 1970.p.7.

Porque esse pedaço de pano, que pouco significa para um Ocidental - a não ser uma pretensa dominação de um gênero sobre o outro, segundo uma visão caricatural do Islã -, para a subjetividade daquela criança, significava uma adequação a valores e a condutas, que considerava corretos. Muito provavelmente, poucas mães gostariam que suas filhas fizessem exercícios físicos, em uma escola pública, com os seios à mostra, por razões de “higiene”.

Que mal poderia fazer o uso do véu - a não ser uma forma de resistência ideológica à cultura dominante – aos demais ocupantes do espaço público, em questão? A decisão da Corte Européia de Direitos Humanos é a própria expressão da vergonha alheia, por manter a decisão administrativa francesa, mesmo sem uma lei proibitiva anterior em sentido estrito – e, mesmo que existisse, em nada mudaria a presente argumentação, que se dá em um grau de abstração maior, que questionaria, inclusive, a própria lei -, deixando ao “decisor nacional” margem de discricionariedade perigosa, consagrando uma visão preconceituosa de uma cultura numericamente minoritária, negando a ela o devido reconhecimento.

A bem da verdade, quem precisa de campos de concentração, quando se tem uma corte de direitos humanos, que se esconde sob o véu da neutralidade laica, para justificar a exclusão covarde de uma pré-adolescente do ambiente escolar, de uma escola pública, em razão de sua orientação religiosa, expressa em um mero pedaço de seda? Em nome de qual valor? O Caso Kervanci e seus congêneres foram apenas passos na direção dos atentados de 2015, na França (Charlie Hebdo, Bataclan e outros), em nome de valores.

Ora, a existência de princípios jurídicos, que sejam gerais a todos os povos é de tal ordem complexa, que, apenas restringindo o tema ao que é proibido, tradicionalmente, só se observa de comum, dentre as variadas culturas, a vedação ao incesto e ao parricídio. Por isso, não é raro que se parta para a procedimentalização, ao invés da busca por elementos mínimos comuns, em termos morais.

Pelas mesmas razões, a prática internacional dos últimos anos tem mostrado a dificuldade em definir-se o conteúdo desse *jus cogens*. Não é difícil imaginar o porquê. Assevera a doutrina que uma das razões para que o *jus cogens*, apenas para exemplificar, não tenha o seu conteúdo melhor explicitado, na prática internacional, seja o fato da Corte Internacional de Justiça ser extremamente prudente na utilização do termo, em suas decisões, mesmo quando estaria diante de situações que o descrevem.

Sem embargo, a corte em questão é a responsável por decidir questões que envolvam a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, trocando em miúdos, sobre *jus cogens*. Porém, apesar desse papel central que lhe é

dado, ela não aplica o conceito<sup>1822</sup>. Não é que não tenha tido oportunidades, como ocorreu no Caso Barcelona Traction, onde um *obiter dictum* chegou a diferenciar as obrigações dos Estados, em relação à comunidade internacional, em seu conjunto, das obrigações surgidas em face de outro Estado<sup>1823</sup>.

A resistência da Corte Internacional de Justiça em nomear um *jus cogens* – ao invés disso, não é incomum que utilize expressões substitutivas (“princípios intransgressíveis do direito internacional costumeiro”<sup>1824</sup> é uma delas) – é compreensível, no sentido em que, para sua própria credibilidade, enquanto aplicadora de um direito bastante diverso do direito internacional, precisa basear-se em consensos. Se não há um nível suficiente de consenso, diz-se “suficiente”, ao ponto de permitir que a decisão seja cumprida e não reste dúvidas sobre a efetividade das decisões da dita corte – o tema do cumprimento das decisões judiciais é, atualmente, um carro-chefe da doutrina realista<sup>1825</sup>, em especial, norte-americana -, ela não irá, certamente, imolar-se no altar do sacrifício, em nome de um posicionamento ideológico. Na prática da Corte Internacional de Justiça, em função de sua composição e natureza, a fruta só cai do pé, quando está realmente madura. O mesmo não se dá, quando o órgão julgador é uma corte especializada em direitos humanos, em especial, a Corte Européia de Direitos do Homem e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais, não hesitam em qualificar-se como competentes para identificar regras *jus cogens*, em seu mister<sup>1826</sup>.

O fato é também bastante compreensível, porque a especialização em um tema fortemente dominado pelos valores, faz com que esse reconhecimento seja, mais do que natural, por assim dizer, um instrumento de trabalho. Não por acaso, até cortes *ad hoc*, como o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, listaram, por força de sua prática de aplicação do Direito Internacional, aqueles direitos considerados mais importantes que outros, como ocorreu com a vedação ao genocídio, a proibição da tortura ou a proteção aos civis, no curso de conflitos armados<sup>1827</sup>. Não se pode afirmar seja uma usurpação à competência da Corte Internacional de Justiça.

---

<sup>1822</sup> TAVERNIER, Paul. L'Identification de Règles Fondamentales – Un Problème Résolu ? TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Org.) **The Fundamental Rules of the International Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.p.6.

<sup>1823</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1824</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1825</sup> MORGENTHAU, Hans J. **Política entre las Naciones. La Lucha por el Poder y la Paz**. op. cit. p. 330/333. O doutrinador refere-se aos fracassos do Direito Internacional, em termos de falta de coerção, citando o exemplo do Pacto Briand-Kellog (1928) – através do qual, os signatários renunciavam à guerra -; das Convenções sobre Leis e Costumes da Guerra Terrestre, de 1899 e 1907; e das sanções da Liga das Nações contra a Itália, em 1936. Em todos esses exemplos, o Direito Internacional mostrou-se totalmente ineficaz.

<sup>1826</sup> TAVERNIER, Paul. op. cit. p. 7.

<sup>1827</sup> Ibid. p. 8.

Outro fato que se observa é que, a efetiva aplicação das novas categorizações, na prática do Direito Internacional, se dá *pari passu*, com o retorno dos valores para o mundo do Direito – como se, em algum momento, Direito, Sociedade e Moral estivessem realmente separados-, por força da atuação de determinados entes, muito mais técnicos, do que políticos, a ponto de se falar em uma judicialização da vida social internacional<sup>1828</sup>.

Mais ainda, tal atuação somente é possível na esfera internacional, que é de *per se*, caracteristicamente fragmentada, porque se entende que o conjunto dos sujeitos de direitos e deveres é algo diverso do que a soma de todos os sujeitos de direitos e deveres. Caso contrário, tais cortes sequer poderiam existir, porque se trata de uma impossibilidade lógica, considerando um sistema internacional puramente calcado em consenso prévio.

De tal constatação, extrai-se uma lei: quanto mais político o órgão que vai aplicar o Direito Internacional, maior a necessidade de consenso e menor a probabilidade de serem identificadas ou determinadas normas fundamentais. Em sentido contrário, quanto mais técnico e especializado esse ente, menor a necessidade de consenso prévio, maior a possibilidade de se identificar ou determinar tais normas fundamentais, em outras palavras, os valores predominantes.

Por outro lado, a convivência de entes aplicadores do Direito Internacional de cunho mais técnico e de natureza mais política explicita a existência de um momento de transição, de uma ordem internacional baseada nos acordos interpessoais de Estados, para uma ordem que transcende o interpessoal e que se impõe, não porque ficou assim estabelecido em um tratado internacional, mas porque é justa. Ou assim se considera.

Sem embargo, o campo dos valores é bastante verde, mas também é minado. É extremamente perigoso, quando se trata de um mero argumento subjetivo, em mãos erradas, sendo que as mãos erradas sempre serão as certas para alguém. É ainda mais perigoso, quando os valores morais ou ideológicos não convivem, em sua aplicação, com ideais de pluralismo e democracia. Sobre esse risco, Schmitt já advertia, citando Hartmann<sup>1829</sup>.

---

<sup>1828</sup> Ibid. p. 11.

<sup>1829</sup> SCHMITT, Carl. **La Tiranía de los Valores**. op. cit. p. 140, verbis: “...*todo valor tiene la tendencia – una vez que há ganado poder sobre una persona – de erigir-se em único tirano del éthos humano em su totalidad y, de hecho, a costa de otros valores, incluso aquellos que no se le oponen diametralmente. Por cierto, la tendencia no es inherente a los valores como tales em su esfera ideal de ser, sino más bien como poderes determinantes ( o selectivos) de la sensibilidad humana al valor. Tal tiranía de los valores ya es claramente visible em los tipos unilaterales de la moral vigente y em consabida impaciência frente a uma moral extraña (incluso cuando ésta es deferente); es aun más visible cuando una persona individual está poseída por um único valor. Así se da um fanatismo de la justicia (fiat justitia, pereat mundus), que no se limita a terciar la cara al amor, para no hablar del amor al prójimo, sino también a los valores más elevados em cuanto tales.*”

Há inúmeras discussões sobre esse tema, como ocorre na imposição de valores a povos que deles não compartilham, por achá-los superiores<sup>1830</sup> (os direitos humanos “*prêt-a-porter*”<sup>1831</sup>, baseados na “superioridade moral do Ocidente”), sem contudo, incluir direitos prestacionais básicos – que se relacionam com o direito à vida, por exemplo – nesse rol.

O próprio fracasso do projeto da Modernidade também está relacionado com a incompetência do pensamento liberal em admitir a relativização de sua própria cultura e manter um respeito socialmente estabilizado ao outro, ao diferente<sup>1832</sup>.

A discussão também existe quando as cortes de direitos humanos, em nome desse “fanatismo de justiça”, pretendem interferir em assuntos internos de povos “liberais e democráticos”, inclusive, em decisões de supremas cortes sobre anistia política, como ocorreu no Caso Gomes Lund ou Araguaia, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Interessante notar que o “fanatismo de justiça” não se manifesta com a mesma intensidade, quando os direitos humanos são realmente violados, pelo trancafiamento *sine die* de político opositor em embaixada estrangeira, sem permitir atendimento médico, visitação, sem concessão de salvo-conduto, até o fim dos tempos, ou ainda, quando pessoas são levadas à prisão sem culpa formada e lá ficam por tempo indeterminado, como ocorre em Guantánamo, mas também, em toda a ilha à sua volta, por uma gerontocracia corrupta. Por que determinados valores são assim tão “primordiais”, que obinubilam os demais?

Como salienta Beck<sup>1833</sup>, o regime dos direitos humanos reescreve a gramática do social e do político, suprimindo a diferenciação entre o nacional e o internacional, fazendo avançar a cosmopolitização interna das sociedades nacionais. Como opera? Através da obrigação auto-imposta de respeitar os direitos humanos e a democracia, sob pena de serem implantados por poderes externos, inclusive *manu militare*.

De igual modo, a interiorização local dos direitos humanos desestabiliza os regimes despóticos, tanto de dentro, como de fora. A universalização dos direitos humanos produz um vazio de legitimidade nacional e de governo, ao mesmo tempo em que os Estados são privados do atributo simbólico da plenitude de poder e da autodeterminação ilimitada. Os ditadores podem ser processados e condenados por instâncias internacionais e estrangeiras, sendo as elites dominantes locais despojadas de sua inviolabilidade e dos seus privilégios de

<sup>1830</sup> HÖFFE, Otfried. op. cit. p. 129/130. Refere-se ao “imperialismo cultural”, à “tirania do universal”(Lyotard) e ao “pensamento etnocêntrico”.

<sup>1831</sup> CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. A Pretendida Universalização dos Direitos Humanos versus Realidade Cultural – O Caso Indiano. JUNIOR, Lier Pires Ferreira; MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. (Orgs.) **Direitos Humanos e Direito Internacional**. op. cit. p. 336.

<sup>1832</sup> HÖFFE, Otfried. op. cit. p. 154.

<sup>1833</sup> BECK, Ulrich. **La Mirada Cosmopolita o La Guerra es la Paz**. op. cit. p. 69.



poder, como se viu nas recentes primaveras árabes. Assim, ainda que não exista ainda um governo mundial, são os direitos humanos, corporificados pelas instâncias que os aplicam, que dizem quando estão ou não estão sendo observados, concedendo ou retirando legitimidade, abandonando Estados soberanos à legítima intervenção violenta de outros Estados, em seu nome<sup>1834</sup>.

Porém, a revolução e a tirania dos valores, nessa nova Idade Média, mostram ainda um aspecto que não pode ser desprezado. Uma comunidade global regida pelo valor máximo “direitos humanos” tem espaço para outros valores relevantes, também oriundos da Modernidade, como a democracia?

### 3.3.3 - A *Respublica* dos Direitos Humanos Será Democrática? O Caso Gelman

O retorno dos valores ao Direito Internacional, nesse processo de refeudalização em escala mundial, fez com que alguns órgãos jurisdicionais internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se defrontasse com alguns paradoxos, como é o caso da antinomia evidente entre direitos humanos e democracia. Isso se deu, no caso específico da Lei de Anistia uruguaia, que foi objeto de referendo popular, em duas oportunidades, sendo preservada, em ambas<sup>1835</sup>.

Em outubro de 2008, a Suprema Corte, finalmente decretou que alguns artigos da lei seriam inconstitucionais, porque violariam o Princípio da Separação dos Poderes, não poderiam constituir validamente uma anistia e violariam compromissos do Uruguais, internacionalmente, em matéria de direitos humanos. Isso foi feito, antes que a Corte Interamericana analisasse o caso.

Em havendo uma condenação naquela corte internacional, no qual, tal anistia seja invalidada, como fica o dogma da soberania popular? Se a fonte do poder não é o povo - ou, se o povo, por não conhecer direitos humanos, vota “errado”(sic) em dois referendos, especialmente, em se tratando de um dos países de população mais letrada da América Latina -, qual fonte deve, então, prevalecer? A fonte do poder dos juízes internacionais, escolhidos pelos príncipes signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos? Nesse caso, o que os diferenciaria, em termos de legitimidade, relativamente aos militares, que baixaram as leis de auto-anistia? Os valores do renascido direito natural?

---

<sup>1834</sup> Ibid. p. 69/70.

<sup>1835</sup> ROHT-ARRIAZA, Naomi. Impunidade na América Latina: Tribunais Nacionais e Desafios Ainda Existentes. (?). **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada**. Oxford: Oxford University, 2011. p. 152.

Acerca desse tema específico, Gargarella<sup>1836</sup> faz interessantes reflexões, ao comentar a decisão de 24/02/2001, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o Caso Gelman vs. Uruguai, que tratou do desaparecimento forçado de Maria Claudia García Iruretagoyena de Gelman. Com efeito, aquela corte considerou que a Lei 15.848, a da "caducidade da pretensão punitiva do Estado", promulgada em 22/12/1986, que impedia fossem levados a juízo aqueles que teriam cometido graves violações de direitos humanos, durante a ditadura militar, contrariava a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. A mesma corte entendeu que o fato da lei ter sido aprovada democraticamente e de ter sido respaldada por duas consultas diretas à população não constituíam motivos, que pudessem afastar a decisão da corte de tornar a lei sem efeito<sup>1837</sup>.

No seu raciocínio, o problema da relação entre direitos fundamentais e democracia é complicado pelo fato de existir uma gradação democrática nas leis de anistia, que vai, desde a lei de auto-anistia da ditadura argentina, até os referendos uruguaios<sup>1838</sup>.

Quem fundamenta a possibilidade de se contrariar a vontade da maior parte da população uruguaia, no que se refere à sua lei de anistia, é Ferrajoli<sup>1839</sup>, que afirma que os direitos fundamentais estão em uma área chamada "esfera do não-decidível", não podendo a maioria suprimir essas manifestações da democracia substancial. Assim, entendia a própria Corte Suprema Uruguaia<sup>1840</sup>, em situação anterior, no que foi seguida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>1841</sup>

Afirma Gargarella que a Corte Interamericana, além de ignorar a expressão da maioria, democraticamente exposta, nos referendos uruguaios, o faz, determinando que o país cumpra determinadas obrigações, que não estão expressas na convenção interamericana, como é o caso de "prevenir", "investigar", "sancionar", "restabelecer" e "reparar", as quais, deveriam constar do artigo 1.1, da dita convenção, mas não estão.<sup>1842</sup>

A conclusão de Gargarella é a de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos

---

<sup>1836</sup> GARGARELLA, Roberto. **Sin Lugar para la Soberanía Popular. Democracia, Derechos y Castigo en el Caso Gelman.** Acesso em [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf). 23/06/2015. 15:33 h. p. 1/22.

<sup>1837</sup> Ibid. p. 1.

<sup>1838</sup> Ibid. p.6/8.

<sup>1839</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo.** Madri: Trotta, 2008. Apud. GARGARELLA, Roberto. **Sin Lugar para la Soberanía Popular. Democracia, Derechos y Castigo en el Caso Gelman.** Acesso em [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf). 23/06/2015. 15:33 h. p.10.

<sup>1840</sup> GARGARELLA, Roberto. op. cit. p. 10.

<sup>1841</sup> Ibid. p. 10.

<sup>1842</sup> Ibid. p. 13.

perdeu uma excelente oportunidade de contribuir para o debate coletivo internacional, no que diz respeito a esse ponto, porque poderiam existir formas diferentes de se responder a violações de direitos humanos - diversidade do castigo estatal -, bem como, que se faz necessária a adoção de uma teoria integrada, ao invés de uma conduta simplista, punitivista e baseada na desconfiança na cidadania<sup>1843</sup>, que tem sido o mote daquela corte de San Jose.

O que foi visto por Gargarella - diga-se de passagem, com enorme integridade intelectual - é algo muito mais complexo do que aparenta, não sendo solucionado pela mera criação de uma teoria, que integre direitos fundamentais e democracia.

Em primeiro lugar, há uma crise profunda, que surge do eterno retorno dos valores e do jusnaturalismo. Se o Positivismo foi um longo inverno<sup>1844</sup>, de trezentos anos, o Jusnaturalismo pode, por seu turno, resultar em um longo inferno.

A duas, essa crise jurídica é ainda mais grave, quando verificado que, além de todos os demais problemas decorrentes da técnica do uso dos valores no Direito, há a emergência da tirania dos valores - sendo esse supervalor os direitos humanos, direitos fundamentais, que torna todos os outros valores não-valores -, uma questão primordial a ser equacionada. Contraditória e ironicamente, o renascimento dos valores mais sagrados, relacionados à humanidade, pode levar à destruição de todos os outros valores, trazidos da Modernidade, que se relacionam à esfera política, à soberania e ao Estado.

Como conciliar uma jurisdição internacional baseada em valores, em *jus cogens*, em crimes internacionais, em obrigações *erga omnes*, em extraterritorialidade, com a democracia ? São tantas as perguntas, tão obscuras as respostas, como normalmente ocorre no Direito Internacional.

Rommen<sup>1845</sup> dizia que o Direito Internacional seria o campo fértil para que a semente do direito natural ressurgisse, por conta de suas características peculiares de “direito em formação”(sic), inexistindo um legislador universal, o que inviabiliza o Positivismo. Porém, com o projeto cosmopolita e a *Respublica* dos direitos humanos - a pulsão unificadora -, esse retorno acontece, trazendo questões relevantes e difíceis de serem solucionadas. A ascensão dessa pulsão unificadora é vista no capítulo seguinte, que indaga sobre as origens da visão sistêmica de Direito Internacional.

### **3.4 Conclusão: a Fragmentação do Direito Internacional em um Contexto Mais Amplo**

---

<sup>1843</sup> Ibid. p. 17.

<sup>1844</sup> ROMMEN, Heinrich A. op. cit. p. 118.

<sup>1845</sup> Ibid. p. 131.

Pois, como demonstrou o segundo capítulo, a fragmentação do Direito Internacional - ilustrada pelo Caso MOX - faz parte de um contexto mais amplo, que se relaciona a mudanças econômicas, condicionando o Direito e outros aspectos do mundo cultural. Assim, é simplório reduzir a análise a eventuais soluções técnico-jurídicas.

Sem embargo, a relação entre a fragmentação do Direito Internacional e a formação de um espaço jurídico transnacional está no elemento comum “relativização da soberania”, porque foi a retirada involuntária do Estado, do cenário jurídico, que deu azo ao surgimento de direitos não-nacionais e não-estatais; a novas formas de administração, que não o governo; ao surgimento de novos sujeitos de direitos e deveres, no Direito Internacional; à criação de inúmeras organizações internacionais e tratados e convenções a elas relacionados, bem como, seus respectivos métodos de solução de controvérsias; além de outros fatores, que tornaram o espaço jurídico internacional – estabelecido com a mesma configuração, desde a Paz de Westphalia – transnacional.

As forças históricas de natureza fragmentadora, que levaram à formação desse novo espaço jurídico transnacional, passaram a predominar, por força da mudança ocorrida no modo capitalista de produção. O setor financeiro assumiu a hegemonia desse novo capitalismo, através da financeirização da riqueza e da internacionalização, que também ocorreu em outros setores econômicos. Esse movimento resultou, no campo jurídico, em enorme incremento do número de tratados e da variedade de temas regulados, bem como, na formação de um aparato regulatório misto, ou seja, não apenas de natureza estatal, empoderando organizações internacionais e não-governamentais, além de entes privados, que aplicam um direito suave, mas, muito eficaz, do ponto de vista do seu cumprimento.

Porém, em que pese ser verificável o crescimento do Direito Internacional, tanto em termos quantitativos, quanto qualitativos, não é correto atribuir à diferenciação funcional, o suposto “fechamento” dos regimes autônomos, em relação ao Direito Internacional geral, que, alegadamente, faria quebrar a afirmada unidade do Direito Internacional. Mais do que isso, esse fechamento não seria possível, por força do acoplamento comunicativo, existente entre cada regime fechado e o Direito Internacional geral. Pior ainda, o Direito Internacional, por sua própria natureza, jamais chegou a preencher os requisitos de um sistema ou ordem jurídica. Não se poderia quebrar uma unidade, que jamais existiu.

Por outro lado, a fragmentação do Direito Internacional, que causa prejuízos à segurança jurídica, interessa a determinados sujeitos e grupos, presentes na esfera internacionais, dentre eles, aqueles efetivamente capazes de exercer o poder soberano, de forma assimétrica. Essa evidência é demonstrada, por exemplo, pelo abandono das cortes

permanentes ou das aptas a produzir precedentes jurisprudenciais contrários a tais atores, em benefício de tribunais arbitrais, com procedimentos confidenciais. Essa busca por outros métodos de solução de controvérsias, alguns deles, em franca concorrência, também leva a mecanismos como o “*forum shopping*”, que também contribuem para a maior insegurança jurídica, na esfera internacional. Porém, o peso da intencionalidade nesse processo de fragmentação resta bastante controversa, sendo tratada no quarto capítulo, com mais detalhamento.

Um fato a ser destacado é que a ausência de natureza sistemática, no Direito Internacional, pela ausência de uma teleologia, de hierarquia, de uma generalização da sanção, dentre outros motivos, não significa, automaticamente, que ele não exista como ramo jurídico e não possua a sua autonomia. Para tanto, basta seja uma “*Gestalt*” jurídica, como de fato o é.

Além disso, outro movimento é detectado, em paralelo à tomada da hegemonia pelo capitalismo flexível, que é a remedievalização do Direito Internacional, a sua feudalização, que não se resume à formação dos “feudos” jurídicos especializados, sendo um evento muito mais amplo e complexo. Ocorre, nesse processo, a privatização de vários aspectos do Direito Internacional, em decorrência da retirada involuntária do Estado do cenário jurídico-político. Há um verdadeiro retorno ao *status quo* anterior à formação dos Estados modernos, que pode ser exemplificado pelo retorno da *lex mercatoria*, a implosão de unidades políticas estáveis em pequenas unidades incapazes de gerir a própria soberania, o retorno dos valores ao Direito, dentre outros tópicos. Esse retorno dos valores enseja uma série de problemas jurídicos novos, que também contribuem para a fragmentação do Direito Internacional, por conta da subjetividade, que lhes é própria. Nessa nova Respublica, que não é mais a Christiana, o valor mais elevado são os direitos fundamentais, escanteando todos aqueles valores trazidos pela Modernidade, como a democracia e a soberania nacional.

Em suma, este capítulo, que se destina a investigar a origem da mais recente pulsão fragmentadora, mostra que a fragmentação do Direito Internacional, apesar dos prejuízos à segurança jurídica, por ela causados, é mais do que um mero problema jurídico a ser solucionado por um arsenal puramente jurídico. Ela se situa em um contexto muito mais amplo. Mais ainda, a própria idéia de sistema, que funda a preocupação com a quebra da unidade do Direito Internacional, não é algo intuitivo ou natural. Na verdade, é um conceito reintroduzido na disciplina, há muito pouco tempo, no início do século XX, como se verá.

Da mesma forma que não é um mero problema a ser solucionado, com auxílio do ferramental técnico-jurídico, a fragmentação do Direito Internacional, apesar de ser um

resultado útil ou vantajoso para alguns, justamente, os que exercem com maior vigor o poder soberano, também não se resume a isso, devendo ser levado em consideração, para realizar uma análise mais profunda do fenômeno, um lapso temporal mais alongado.

Deveras, faz-se necessário recuar um pouco mais no tempo, para compreender a razão de se tentar preservar a unidade de um alegado todo sistemático, que os estudos acima apresentados tentaram demonstrar, talvez não preencha os requisitos para ser assim considerado, sequer sendo isso necessário, para que o Direito Internacional possa ser reconhecido como um campo de conhecimento peculiar do Direito.



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Faculdade de Direito

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados v.3**

Rio de Janeiro

2017

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados v.3**



...antada ao Programa de Pós-  
...Direito, da Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro, como requisito para  
obter o título de Doutor em Direito. Área  
de concentração: Direito Internacional

Orientador: Professor Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Rio de Janeiro

2017



CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C416 Cerqueira, Luis Eduardo Bianchi.

O Caso “Mox de Sellafield”- do Projeto Constitucionalista de Estado Mundial ao Direito Internacional Feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados / Luis Eduardo Bianchi Cerqueira. - 2017.

767 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional - Teses. 2. Direitos humanos - Teses. 3. Soberania - Teses. I. Macedo, Paulo Emílio Vauthier Borges de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para obtenção do título de doutor em Direito. Área de concentração Direito Internacional.

Aprovada em 20 de fevereiro de 2017

Banca Examinadora:

---

Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo (Orientador)

Prof. Dr. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Professora Dra. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Raphael Carvalho de Vasconcelos

Professor Dr. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Antônio Celso Alves Pereira

Professor Dr. da Faculdade de Direito da UVA

---

Rafael Zelesco Barretto

Professor Dr. da Faculdade de Direito da Unilassale

Rio de Janeiro

2017

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
1	<b>ASPECTOS METODOLÓGICOS</b> .....	20
2	<b>O CASO “MOX DE SELLAFIELD” – A PEDRA ANGULAR DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL</b> .....	50
2.1	<b>Introdução e Contextualização: Diferenciação Funcional, Criação de Regimes Autônomos de Tratados e o Relatório Koskenniemi</b> .....	50
2.2	<b>Descrição dos Procedimentos Judiciários do Caso MOX de Sellafield</b> .....	58
2.3	<b>Repercussões do Caso MOX na Doutrina</b> .....	65
2.3.1	<u>A Questão da Subsidiariedade</u> .....	66
2.3.2	<u>A Questão dos Artigos 281 e 282 da Convenção UNCLOS e a Convenção OSPAR</u> .....	83
2.3.3	<u>A Questão da Jurisdição Suplementar do Mecanismo de Solução de Controvérsias da Convenção UNCLOS</u> .....	86
2.4	<b>Posições doutrinárias sobre a fragmentação do Direito Internacional</b> .....	106
2.4.1	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como uma Quebra Indesejável do Sistema</u> .....	106
2.4.2	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Mero Discurso</u> .....	130
2.4.3	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Manifestação Saudável de Pluralismo</u> .....	141
2.4.4	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Resultado de uma Intencionalidade</u> .....	152
2.4.5	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Gerencialismo</u> .....	158
2.5	<b>Casos Relacionados</b> .....	163
2.5.1	<u>O Caso Tadic</u> .....	163
2.5.2	<u>O Caso Nada</u> .....	166
2.5.3	<u>O Caso "Southern Bluefin Tuna"</u> .....	169
2.6	<b>Possíveis Soluções para o Conflito entre os Diferentes Regimes de Tratados</b> .....	175
2.6.1	<u>O Princípio <i>Lis Pendens</i> Internacional</u> .....	175

2.6.1.1	Possíveis Soluções de Natureza Processual para o Conflito.....	185
2.6.1.2	Possíveis Soluções de Outra Natureza para o Conflito.....	194
2.6.2	<u>Há Possibilidade de Solução do Conflito Estrutural entre Diferentes Regimes de Tratados?</u> .....	211
2.6.3	<u>O Direito Fornece Todas as Respostas para o Problema do Conflito Estrutural?</u>	217
2.7	<b>Conclusão: a Questão é Bem Mais Complexa do que Aparenta</b> .....	218
3	<b>A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O ESPAÇO TRANSNACIONAL</b> .....	227
3.1	<b>Introdução: A Relação entre a Formação de um Espaço Jurídico Transnacional e a Fragmentação do Direito Internacional</b> .....	227
3.2	<b>A Formação do Espaço Jurídico Transnacional: A Pulsão Fragmentadora</b>	230
3.2.1	<u>Do Padrão de Acumulação Fordista ao Padrão de Acumulação Flexível</u> .....	230
3.2.2	<u>Das Transformações Ocorridas nos Sujeitos, no Objeto e na Forma do Direito Internacional</u> .....	271
3.2.3	<u>O Papel da Diferenciação Funcional na Fragmentação do Direito Internacional: da Alegada Impossibilidade de um Sistema de Direito Internacional, em Razão do Isolamento de suas Partes Componentes</u> .....	310
3.2.4	<u>Capital Internacionalizado e Fragmentação do Direito Internacional: um Casamento de Conveniência</u> .....	324
3.2.5	<u>Da Insegurança Jurídica Resultante do Conflito entre os Supostos Subsistemas de Direito Internacional</u> .....	331
3.2.6	<u>Direito Internacional Contemporâneo, a Sua Autonomia e o Conceito de “Gestalt”</u> .....	338
3.3	<b>A Feudalização do Direito Internacional</b> .....	348
3.3.1	<u>A Privatização do Direito Internacional</u> .....	351
3.3.1.1	A Privatização das Fontes de Direito Internacional: as Normas Não nacionais e as Normas Não estatais.....	353
3.3.1.2	A Privatização da Administração da Justiça Internacional.....	358
3.3.1.3	A Privatização dos Atos Jurídicos Materiais, na Guerra e na Paz.....	362
3.3.1.4	A Privatização dos Sujeitos de Direito Internacional: o Cosmopolitismo e as Redes.....	367
3.3.1.5	A Privatização do Objeto do Direito Internacional: a Cidadania Universal e os Novos Temas dos Tratados Internacionais.....	371

3.3.1.6	A Privatização da Forma do Direito Internacional: “ <i>Soft Law</i> ” e Responsabilidade Social.....	374
3.3.2	<u>A Tirania dos Valores no Direito Internacional e os Direitos Humanos.....</u>	377
3.3.3	<u>A <i>Respublica</i> dos Direitos Humanos Será Democrática? O Caso Gelman.....</u>	421
3.4	<b>Conclusão: a Fragmentação do Direito Internacional em um Contexto Mais Amplo.....</b>	423
4	<b>ORIGEM: O PROJETO CONSTITUCIONALISTA DO PÓS GUERRA E O PRETENSO NASCIMENTO DE UM SISTEMA DE DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	433
4.1	<b>Introdução: Um Sistema Jurídico Baseado na Soberania e no Princípio da Igualdade dos Estados.....</b>	433
4.2	<b>Do Projeto Constitucionalista: a Pulsão Unificadora.....</b>	442
4.2.1	<u>Os Primeiros Sinais da Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período Entreguerras.....</u>	445
4.2.2	<u>A Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período dos Trinta Anos Dourados.....</u>	456
4.2.3	<u>O Arrefecimento da Pulsão Unificadora e a Grande Decepção da <i>Pax Americana</i>.....</u>	463
4.3	<b>Críticas ao Projeto Constitucionalista.....</b>	467
4.3.1	<u>A Crítica dos Realistas.....</u>	467
4.3.2	<u>A Crítica de Hart à Autonomia do Direito Internacional.....</u>	470
4.3.3	<u>A Resistência do Poder Hegemônico à Burocracia Transnacional e ao Estado Mundial.....</u>	476
4.4	<b>Da Substituição do Projeto Natimorto de Constitucionalismo, em Razão de sua Obsolescência: o Fim da Escala Nacional.....</b>	482
4.5	<b>Paradoxo: a Unificação, o Estado Mundial e o Fim do Direito Internacional.....</b>	488
4.6	<b>Conclusão: o Papel do Enfraquecimento das Instituições da Modernidade (Estado Nacional e Soberania) no Retorno ao Estado Anterior.....</b>	491
5.	<b>UMA VISÃO DE LONGO PRAZO A PULSÃO DE REPETIÇÃO: DA ALTERNÂNCIA DAS PULSÕES DE FRAGMENTAÇÃO E UNIFICAÇÃO.....</b>	494
5.1	<b>Introdução: Carl Schmitt, o Eterno Retorno e as Pulsões de Fragmentação</b>	

	e Unificação.....	494
5.2	Soberanias Continentais Europeias <i>versus</i> "Privateers" e Corsários.....	496
5.3	Os Ciclos de Unificação e Fragmentação.....	506
5.4	Qual o Papel da Intencionalidade na Fragmentação do Direito Internacional ?.....	526
5.5	No Longo Prazo, o Direito Internacional é uma " <i>Gestaltung</i> ".....	530
5.6	Conclusão: as Pulsões de Fragmentação, Unificação e Repetição são Inerentes à " <i>Gestaltung</i> " do Direito Internacional.....	531
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	538
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	540
	<b>APÊNDICE – DESCRIÇÃO DO CASO MOX</b> .....	583
1	<b>O Procedimento perante o Tribunal Arbitral OSPAR</b> .....	583
1.1	<u>O Memorial Irlandês</u> .....	586
1.2	<u>O Contra memorial do Reino Unido</u> .....	622
1.3	<u>A Réplica Irlandesa</u> .....	663
1.4	<u>A Tréplica do Reino Unido</u> .....	679
1.5	<u>As Decisões Interlocutórias Proferidas</u> .....	680
1.6	<u>A Decisão Final</u> .....	681
2	<b>O Procedimento no Tribunal da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar – UNCLOS</b> .....	691
2.1	<u>O Memorial Irlandês</u> .....	694
2.2	<u>O Contra memorial do Reino Unido</u> .....	722
2.3	<u>A Réplica Irlandesa</u> .....	741
2.4	<u>A Tréplica do Reino Unido</u> .....	745
2.5	<u>As Decisões Interlocutórias</u> .....	746
2.6	<u>A Decisão Terminativa</u> .....	747
3	<b>O Processo perante a Corte Europeia de Justiça</b> .....	747
	<b>ANEXO - Manifestação de Roger Jackling, Representando o Reino Unido, no Décimo quinto Encontro, da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 16/08/1974</b> .....	765

## **4 - ORIGEM: O PROJETO CONSTITUCIONALISTA DO PÓS-GUERRA E O PRETENSO NASCIMENTO DE UM SISTEMA DE DIREITO INTERNACIONAL**

### **4.1 Introdução: Um Sistema Jurídico Baseado na Soberania e no Princípio da Igualdade dos Estados**

Como visto no Capítulo 3, o Direito Internacional não forma e jamais formou um sistema, porque, tomada por base qualquer definição de sistema – ou ainda, de ordem -, o Direito Internacional não atende os requisitos necessários para tanto.

No entanto, toda a discussão sobre o risco da quebra da unidade desse ramo jurídico parte do princípio de que há um sistema, cuja coerência interna é ameaçada pelo crescimento do ramo jurídico e pela decorrente diferenciação funcional.

O Capítulo 4 faz um volta ao início do século XX, para tentar compreender como essa falsa noção de um “sistema” de Direito Internacional surgiu e se consolidou, bem como, ao mesmo tempo em que, se deu uma progressiva institucionalização da esfera internacional, durante o período de hegemonia do padrão de acumulação fordista, com uma finalidade explícita de criação de um Estado mundial.

Assim, inicialmente, mostra-se que, originalmente, as teorias que procuravam atribuir ao Direito Internacional um caráter de sistema, situavam-se em um contexto, no qual, o princípio jurídico mais importante era o Princípio da Soberania, em suas múltiplas derivações (Princípio da Igualdade Soberana, por exemplo) e o conjunto dos Estados organizava-se, segundo uma “*Gestalt*” voluntarista de cooperação, em uma sociedade internacional.

Em um segundo momento, será estudado o projeto constitucionalista, já que, naquele período de hegemonia do padrão de acumulação fordista, o Direito também tinha como padrão a escala do Estado. Assim, imaginava-se para o ambiente internacional uma organização similar à do direito interno, com uma estrutura hierárquica de normas e a prevalência de uma constituição. Dessa forma, operavam forças integradoras nesse campo jurídico, no intuito de transformar a tradicional descentralização e inerente fragmentação do Direito Internacional em algo mais coeso, organizado e estruturado.

Para tanto, serão apresentadas as primeiras tentativas nesse sentido, que ocorreram, aproximadamente, entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial; para, em seguida, destacar a fase de consolidação dessa tendência unificadora, após a institucionalização ocorrida, após a Segunda guerra mundial, com a criação das organizações internacionais do sistema das Nações Unidas; e, por fim, mostrar como essa pulsão unificadora se arrefeceu, justamente, quando se achava que ela atingiria, finalmente, o seu objetivo de criar um Estado mundial constitucional. Posteriormente, o projeto constitucionalista será submetido a uma avaliação.

Em seguida, serão apresentadas as críticas realista e de Hart ao pretense caráter sistemático do Direito Internacional, bem como, será detalhado como o poder hegemônico resistiu à formação de uma burocracia supranacional - que corresponderia a um Estado mundial soberano -, o qual, eliminaria a soberania de todos os Estados nacionais territoriais.

Por fim, o Capítulo 4 abordará a derrocada do projeto unificador de Direito Internacional, baseado no constitucionalismo e na formação de um Estado mundial, pelo simples fato da escala econômica nacional haver sido substituída pela escala transnacional.

Além disso, será destacado o paradoxo do eventual sucesso da pulsão unificadora do Direito Internacional conduzir à sua morte, pelo fato do futuro Estado mundial vir a ser regulado por um direito interno, o que seria muito similar à relação existente entre o Direito Comunitário e os direitos nacionais europeus.

O Capítulo 4 é concluído com uma reflexão sobre a relação existente entre o enfraquecimento das instituições oriundas da Modernidade, como é o caso do Estado Territorial e do conceito de soberania nacional, com o retorno ao *status quo ante*, verificado no Direito Internacional, chamado de remedievalização.

Inicialmente, convém verificar o contexto inicial, em que as forças unificadoras do Direito Internacional começaram a operar. Esse ambiente jurídico internacional era fragmentado e descentralizado, tendo como princípio básico a parêmia "*parem im parem, non habet imperium*".

De fato, esse contexto é de crescimento do Direito Internacional, como campo do conhecimento jurídico, tendo antecedentes remotos na fase que Erlich<sup>1846</sup> nomeia de "transição". Nessa fase, que é marcado pela entrada dos Estados Unidos nas relações internacionais, há um grande impacto no Direito Internacional, pela assinatura de tratados daquele país com o Reino Unido, os quais previram os tribunais de arbitragem, tendo eles gerado precedentes internacionais, em várias matérias distintas. Além disso, no mesmo período, houve forte tendência à codificação - para fins de regular a solução pacífica dos conflitos e a condução das guerras - e realização de tratados multilaterais.<sup>1847</sup>

Esse crescimento foi importante para o reconhecimento do campo como existente e jurídico, havendo críticas de doutrinadores influentes como Austin, que afirmavam que o Direito Internacional seria apenas um sistema moral, não possuindo juridicidade.<sup>1848</sup>

---

<sup>1846</sup> ERLICH, Ludwik. **The Development of International Law as a Science. Recueil des Cours**, vol. 102. Leiden:Nijhoff, 1965. p. 243.

<sup>1847</sup> Ibid. p. 242.

<sup>1848</sup> Ibid. p. 243.



O primeiro grande internacionalista do mencionado período foi Wheaton, o qual assentou o conceito de Direito Internacional como um "conjunto de princípios e regras, que governa o comportamento dos Estados, em suas mútuas relações, na paz ou guerra".<sup>1849</sup>

O mesmo doutrinador foi o primeiro a enumerar as suas prováveis fontes, a saber: "as opiniões dos escritores com autoridade, tratados determinando, mudando ou definindo Direito Internacional preexistente, regras baixadas pelos Estados, acórdãos de tribunais internacionais, opiniões jurídicas oficiais escritas e a história das guerras, negociações de paz, tratados e outros acordos".<sup>1850</sup>

Ora, o ramo começava-se a afirmar, através de precedentes judiciais das arbitragens *ad hoc*, pela codificação, pela maior quantidade de tratados e convenções multilaterais, além do estabelecimento de suas fontes. Mas, ainda era um Direito Internacional dirigido aos Estados soberanos, como únicos sujeitos de direitos e deveres, em suas relações mútuas.

Essa alegada "ordem internacional" seria distinta daquela do Direito Internacional da Antiguidade, segundo Verdross, porque ela possui um viés universal, o que teria se iniciado na Idade Média. Afirma Verdross, mesmo após a quebra da unidade havida na Idade Média, a "comunidade internacional" teria podido sobreviver, sob uma outra forma<sup>1851</sup> - o que remete à "*Gestalt*", podendo-se afirmar que houve a passagem da "*Gestalt*" una e centralizada em princípios de ordem religiosa para a "*Gestalt*" totalmente descentralizada, que caracterizou o Direito Internacional, até o surgimento da Liga das Nações .

Sem embargo, para Verdross o Direito Internacional teria como fundamento a constituição de diversos Estados, porque ele seria mero "Direito estatal externo", o que reflete o peso e a influência da soberania nacional, nesse período<sup>1852</sup>.

O que parece contraditório na fala de Verdross é que esse Direito Internacional com viés de universalidade - relativamente ao Direito Internacional da Antiguidade - tem um fundamento descentralizado, não-hierárquico e, ao fim e ao cabo, dependente da vontade soberana de cada Estado, como destaca Truyol y Serra<sup>1853</sup>. O mesmo paradoxo indicado acima, relativamente a Verdross, é apontado por Dupuy<sup>1854</sup>, no que pertine a Anzilotti<sup>1855</sup>.

---

<sup>1849</sup> Ibid. p. 244.

<sup>1850</sup> Ibid. p. 244.

<sup>1851</sup> VERDROSS, Alfred. **Le Fondement du Droit International. Cours Général**, vol.16. Leiden: Nijhoff, 1927.p. 253/254.

<sup>1852</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Verdross et la Théorie du Droit**. Fiesole: European Journal of International Law, 1994, vol. 5. p. 56.

<sup>1853</sup> Ibid. p. 56.

<sup>1854</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p. 7/8.

Esse paradoxo<sup>1856</sup> reflete muito bem o que representava essa suposta "ordem internacional", que serviu de contexto para o movimento das forças unificadoras do Direito Internacional, na direção de um projeto constitucionalista. De certo modo, é o que Dupuy já diagnosticou como a "necessidade de um centro"<sup>1857</sup>.

Segundo o ponto de vista dos internacionalistas voluntaristas, que seguem uma lógica de cooperação da suposta ordem internacional, os Estados seriam, ao mesmo tempo, criadores e sujeitos da própria ordem<sup>1858</sup>.

Nesse contexto de uma ordem internacional de coordenação, a vontade suprema, no dizer de Verdross<sup>1859</sup>, reside na própria comunidade internacional, já que é criada pelo consentimento dos seus membros. Nota-se, como assinala Truyol y Serra<sup>1860</sup>, uma mudança no pensamento de Verdross, a partir de 1920, anteriormente adepto da ideia de monismo com prevalência do direito interno, para, em seguida, adotar o conceito de prevalência da ordem internacional.

A mesma mudança ocorrida no pensamento de Verdross, após a Primeira Guerra Mundial, corporifica o renascimento de uma pulsão unificadora, no Direito Internacional, com uma índole constitucionalizante. Ele próprio, em 1923, manifesta-se pela criação de uma "constituição jurídica internacional", que proporcionaria a "unidade da imagem jurídica do mundo"<sup>1861</sup>. Uma unidade perdida desde a Idade Média, como já se observou.

Sobre o projeto constitucionalista, tratará o ponto seguinte. Importante fixar, sobre o contexto em que tal movimento ocorreu, como se apresentava a suposta ordem internacional, ou seja, a imagem que se tinha dela.

Antes do grande impulso tomado pelo projeto constitucionalista, a base filosófica de uma suposta ordem internacional fulcrada no consentimento dos Estados residia na Teoria da Autolimitação do Estado<sup>1862</sup>, de modo que, evidentemente, em um todo internacional, a primazia tinha de estar no Estado soberano. Em inexistindo regras supranacionais, que pudessem regular as relações entre os diversos e isolados Estados soberanos, os tratados e

<sup>1855</sup> Posteriormente, como se verá mais a frente, Verdross muda a sua posição e se distancia do posicionamento de Anzilotti. O fundamento do Direito Internacional, para o primeiro, passa a ser o *pacta sunt servanda* e, para o segundo, o consenso dos Estados, que gera laços jurídicos mais tênues.

<sup>1856</sup> BILFINGER, Carl. **Les Bases Fondamentales de la Communauté des États**. *Recueil des Cours*. op. cit. p. 170. O internacionalista alemão também aponta a existência do mesmo paradoxo.

<sup>1857</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** op. cit. p. 7.

<sup>1858</sup> *Ibid.* p. 7.

<sup>1859</sup> VERDROSS, Alfred. op. cit. p. 254.

<sup>1860</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Verdross et la Théorie du Droit**. op. cit. p. 56.

<sup>1861</sup> *Ibid.* p. 56.

<sup>1862</sup> VERDROSS, Alfred. op. cit. p. 262/263.

convenções internacionais estariam fundados somente nos respectivos direitos nacionais, de modo que, pelo mesmo motivo, o Estado poderia desligar-se da obrigação assumida, quando bem entendesse<sup>1863</sup>.

Não que muita coisa haja mudado, desse período pré-projeto constitucionalista, até os dias de hoje. Os Estados continuam cumprindo as suas obrigações internacionais, quando lhes convém, mormente, aqueles Estados que exercitam a sua soberania, de modo assimetricamente mais livre que os demais.

Essa evidência suscitava e suscita a dúvida sobre a eventual existência de regras comuns superiores à vontade dos Estados - como se alega ser o caso do *jus cogens* internacional, por exemplo -, o que é negado, por exemplo, pela influente filosofia hegeliana. Para Hegel<sup>1864</sup>, o Estado é um "fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que, em serem membros do Estado, têm o seu mais elevado dever."

Se assim o é, três consequências derivam da ideia de Estado: ele "possui uma existência imediata e é o Estado individual, como organismo, que se refere a si mesmo", constituindo o Direito Público interno - a auto-referibilidade remete à Teoria dos Sistemas-; "transita à relação do Estado isolado" com os demais, formando o Direito Público externo; e "é ideia universal como gênero e potência absoluta sobre os Estados individuais"<sup>1865</sup>.

Logo, no campo do Direito Público externo, avulta a "soberania para o exterior", expressão da individualidade na relação com os demais Estados, na qual, cada um é autônomo, em relação ao outro. Tal autonomia é a "primeira liberdade" e a "mais alta honra do povo".<sup>1866</sup>

Quanto ao Direito Internacional, afirma Hegel, "o seu conteúdo tem a forma do dever, porque a sua realização depende de vontades soberanas diferentes"<sup>1867</sup>. Tanto é que o próprio reconhecimento de sua existência depende da "opinião e da vontade" do outro.<sup>1868</sup> É de se notar que esse regime de reconhecimento dos Estados, ainda hoje, é assaz atual.

No entender de Hegel, o fundamento do Direito Internacional é o dever de respeito aos contratos - regra *pacta sunt servanda* -, nos quais são fundadas as obrigações recíprocas dos Estados. No entanto, como o princípio de suas relações está na soberania, encontrando-se os mesmos em estado de natureza, nem sendo os seus direitos uma vontade universal, constituída

---

<sup>1863</sup> Ibid. p. 262/263.

<sup>1864</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de Filosofia do Direito**. op. cit. p. 247.

<sup>1865</sup> Ibid. p. 259.

<sup>1866</sup> Ibid. p. 331.

<sup>1867</sup> Ibid. p. 338.

<sup>1868</sup> Ibid. p. 338.

em um poder superior, a realidade de suas relações mútuas depende da vontade particular. Isso faz com que os tratados sejam criados e abolidos, em sucessão. Quando as vontades particulares não chegam a um entendimento, os conflitos só podem ser resolvidos pela guerra.  
1869

Exatamente, por essas razões, já às vésperas da Segunda Guerra Mundial, Bilfinger<sup>1870</sup> dizia que, até aquele momento, não havia a experiência do Pacto das Nações fornecido prova de um abandono progressivo da concepção de soberania, diferenciando os tratados coletivos não-políticos (que tratam de interesses comuns da comunidade internacional) dos políticos. Nos primeiros, desaparecem os inconvenientes resultantes do aspecto negativo da estrutura da comunidade de Estados, prevalecendo a necessidade de solidariedade, de modo que o seu interesse solidário em certas instituições de interesse geral permite a formação de um laço comunitário, em cooperação.

Por outro lado, o tratado internacional de conteúdo político trata de aspecto que diz respeito à própria natureza do Estado e à sua própria existência<sup>1871</sup>. Como a razão de ser do Estado é a sua própria conservação<sup>1872</sup>, seria admissível, segundo o raciocínio de Bilfinger, que os tratados internacionais de conteúdo político admitissem a cláusula *rebus sic stantibus*, com o quê se concorda - até porque, a realidade dos fatos, mesmo nos dias atuais, em caso negativo, acaba por retirar toda a eficácia jurídica do acordo e a credibilidade do Direito Internacional. Todo o Direito, para ser Direito, precisa ter um mínimo de eficácia jurídica.

Tal contexto foi sintetizado e simbolizado no famoso Caso Lotus, de 1927, no qual, a Corte Permanente de Justiça Internacional, em julgamento concluído por voto de minerva de seu Presidente, decidiu que, em razão da colisão ocorrida em alto-mar, entre o vapor francês Lotus e o vapor turco Boz-Kourt, que resultou na morte de oito turcos, a Turquia não teria violado os princípios do Direito Internacional ou ao artigo 15 da Convenção de Lausanne/1923, ao ter processado o oficial francês Demons, segundo a legislação turca; que, pelo mesmo motivo, não teria de haver pagamento de reparação pecuniária a ele<sup>1873</sup>.

Alegava a França que a competência jurisdicional pertenceria somente aos tribunais franceses, em razão da sobredita convenção e outras regras de Direito Internacional, de modo que o fato de haver ocorrido o processo penal, a condenação e a prisão do mencionado oficial

---

<sup>1869</sup> Ibid. p. 340.

<sup>1870</sup> BILFINGER, Carl. op. cit. p 168.

<sup>1871</sup> Ibid. p 141.

<sup>1872</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de Filosofia do Direito**. op. cit. p. 247.

<sup>1873</sup> CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL (CPJI). **Recueil des Arrêts. Affaire du "Lotus"**, series A, n. 10, 07/09/1927. In [www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf). Acesso em 25/10/2016. 17:38 h. p. 32.

francês, teria de levar à uma indenização de seis milhões de liras turcas, devendo o valor ser pago pelo governo turco ao governo francês. Por outro lado, o governo turco manifestou-se no sentido da prevalência da competência dos tribunais turcos<sup>1874</sup>.

Observe-se que a colisão ocorreu em alto-mar, fora da extensão territorial turca, de modo que, a França alegava que um cidadão francês não poderia ser processado e julgado em tribunais turcos, por atos cometidos no exterior, fora da Turquia.<sup>1875</sup>

Por seu turno, o governo turco alegou que, em tendo ocorrido a colisão em alto-mar, tendo ocorrido as oito mortes no vapor de bandeira turca, não teria havido qualquer violação do artigo 15 da Convenção de Lausanne, de 1923, porque os navios em alto-mar seriam, em si mesmos, territórios do Estado, cujo pavilhão portavam. Logo, o lugar dos atos lesivos - as oito mortes - seria a Turquia, o que atrairia a competência, para processar e julgar o oficial francês responsável, para os tribunais turcos.<sup>1876</sup>

Mencionam os autos do Caso Lotus, que a incompetência do tribunal turco foi arguida pelo Tenente Damons, declarando-se a corte competente. A sentença condenou o oficial francês a 24 dias de prisão e multa de 22 liras turcas. O comandante do vapor turco foi punido com uma pena ligeiramente superior. Após tentativas fracassadas de negociação, o governo turco afirmou não se opor a que a questão fosse decidida na Corte de Haia, com o que concordou o governo francês, firmando-se o compromisso.<sup>1877</sup>

Analisando o artigo 15 da Convenção de Lausanne, de 1923, a Corte Permanente de Justiça Internacional verificou que ele remete, com a reserva do artigo 16 do mesmo diploma, para os princípios de Direito Internacional, no que toca às questões de competência jurisdicional. Afirmou a França que o mencionado artigo deve ser interpretado à luz dos trabalhos preparatórios, porque, naquela ocasião, o governo turco havia proposto estender a sua competência para crimes cometidos em território de terceiros Estados, recusada pelo Reino Unido e aceita sob reservas, pela Itália e França. A redação que acabou por prevalecer, segundo aduziu a França, seria mera redução do que havia sido anteriormente recusado. Por seu turno, a Corte entendeu que, em sendo suficientemente clara a convenção, não há a necessidade de se estudar os seus trabalhos preparatórios.<sup>1878</sup>

Dessa forma, a Corte Permanente de Justiça Internacional interpretou o termo "princípios de Direito Internacional" como sendo os "princípios em vigor entre todas as

---

<sup>1874</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1875</sup> Ibid. p. 7.

<sup>1876</sup> Ibid. p. 9.

<sup>1877</sup> Ibid. p. 11.

<sup>1878</sup> Ibid. p. 16.

nações independentes" e que se aplicam, a mesmo título, a todas as partes contratantes. Mesmo que se levassem em conta os trabalhos preparatórios da Convenção de Lausanne, disse a Corte, porém, ainda assim, somente o Reino Unido fundamentou a sua recusa à proposta turca, não sendo as reservas feitas pela Itália ou pela França detalhadas, de modo que, não se saberia se elas se referem, realmente, ao ponto tratado no julgamento.<sup>1879</sup>

No que toca às regras de Direito Internacional referidas pelo artigo 15, o argumento francês era o de que seria necessário que existisse um título, baseado no Direito Internacional, para que os tribunais turcos exercessem a sua competência, nesse caso específico. Por outro lado, a Turquia afirmou que o dito artigo 15 admitiria esse exercício de competência jurisdicional, porque não haveria qualquer princípio de Direito Internacional violado por ele.<sup>1880</sup>

Nesse ponto da discussão, a Corte Permanente de Justiça fez menção ao contexto do Direito Internacional da época. Afirmou ela que a maneira pela qual a questão é posta "depende da natureza e das condições atuais do Direito Internacional", o qual regula as relações entre os Estados independentes. As suas regras "procedem da vontade desses mesmos Estados, manifestada por convenções ou nos usos normalmente aceitos como princípios de Direito", para "regular a coexistência de comunidades independentes ou para perseguir finalidades comuns". Dessa forma, a limitação primordial que o Direito Internacional impõe ao Estado é de abstenção do exercício de seu poder sobre o território de outro Estado. Logo, a jurisdição é territorial, ela não pode ser exercida fora do território, salvo em virtude de regra permissiva costumeira ou convencional.<sup>1881</sup>

Por esse motivo, entendeu a Corte Permanente de Justiça Internacional, a tese francesa estaria em oposição ao Direito Internacional geral, ao qual se remete o artigo 15 da Convenção de Lausanne, já que, em tais condições, tudo o que se pode pedir a um Estado é que não ultrapasse os limites, que o Direito Internacional traça para as suas competências. Fora deles, a jurisdição é exercida dentro de sua soberania.<sup>1882</sup> Ou seja, dentro de seu espaço de liberdade, como ocorreu no caso concreto, em se tratando de uma colisão em águas internacionais. Caso a tese francesa fosse aplicada, o resultado seria a paralisia das atividades dos tribunais, na impossibilidade de se invocar uma regra universalmente admissível, sobre a qual, a jurisdição pudesse apoiar-se.<sup>1883</sup>

---

<sup>1879</sup> Ibid. p. 16.

<sup>1880</sup> Ibid. p. 18.

<sup>1881</sup> Ibid. p. 18/19.

<sup>1882</sup> Ibid. p.19.

<sup>1883</sup> Ibid. p.20.

No caso específico do Direito Penal, lembrou a Corte, muito embora exista a regra da territorialidade, quase todas as legislações possuem hipóteses de extensão de sua jurisdição, mudando a regra de Estado para Estado. Assim, não há um princípio absoluto de Direito Internacional, nem se confundindo com a soberania territorial.<sup>1884</sup>

É de se notar que a Corte Permanente de Justiça Internacional adotou um raciocínio muito similar, no Caso Lotus, aquele que norteia o Direito Privado, porque o Estado pode fazer tudo aquilo que não está proibido pelo costume ou pelas convenções internacionais, em suma, pela sua própria vontade, segundo esse ponto de vista. Por isso, concluiu a Corte, pela inexistência de qualquer regra de Direito Internacional, limitando a liberdade dos Estados de estender a jurisdição penal de seus tribunais a uma situação, que reunia as circunstâncias do caso concreto.<sup>1885</sup>

Por essas razões, a Corte Permanente de Justiça Internacional recusou a alegação de violação ao artigo 15 da Convenção de Lausanne, ficando, portanto, prejudicada a pretendida indenização.

O Caso Lotus é, pois, o retrato de uma época. Tratava-se do ponto de transição entre o liberalismo clássico e o intervencionismo, característica do padrão de acumulação fordista. Por isso, o enfoque jurídico do caso, ainda rescende a Direito Privado, sendo o Direito Internacional visto como um conjunto de relações contratuais ou de manifestações unilaterais de vontade dos Estados, de tal modo que, a soberania faz o papel da vontade, elemento essencial daquele Direito.

Por isso, em razão da inexistência de vedação, pelo conjunto das manifestações de vontade dos Estados, pelo fato de ter ocorrido a colisão em alto-mar e com vítimas do vapor turco, não haveria o menor problema do Poder Judiciário turco decidir processar e julgar o cidadão francês.

Esse era o contexto da suposta ordem jurídica internacional, às vésperas do lançamento do projeto constitucionalista; uma sociedade de Estados soberanos, cujo fundamento repousava na vontade individual de cada um deles, descentralizada e não-hierarquizada, sem qualquer norma supranacional, de forma cooperativa, sem qualquer regra ou princípio comum, que se impusesse de *per si*, contra a vontade dos Estados.

Como acrescenta Mills<sup>1886</sup> à análise do Caso Lotus, ele marca o auge da breve dominação de uma abordagem teórica para o Direito Internacional, conhecida como

---

<sup>1884</sup> Ibid. p.20.

<sup>1885</sup> Ibid. p.21.

<sup>1886</sup> MILLS, Alex. **Rethinking Jurisdiction**. Oxford: British Yearbook of International Law, 2014.p. 5.

Positivismo Jurídico Internacional. Segundo o ponto de vista dessa teoria, os Estados - únicos sujeitos do Direito Internacional - seriam formalmente independentes, livres, iguais e soberanos. Tal liberdade soberana precederia à norma internacional, porque a vontade dos Estados soberanos seria a única fonte dos princípios jurídicos e de sua autoridade.<sup>1887</sup> Dessa forma, o único limite à jurisdição de cada Estado são os adotados pelos próprios Estados, sendo ela - da mesma forma que a soberania - plena e discricionária<sup>1888</sup>.

Esse era o contexto fragmentado do voluntarismo, da “*Gestalt*” cooperativa, de um Direito Internacional feito sob medida para poucas potências, que tinham maiores vínculos com suas colônias e o seu império do que com as demais metrópoles, embebidas em um capitalismo liberal clássico. Tudo começou a mudar, *pari passu* com o surgimento e posterior hegemonia do modelo fordista.

#### 4.2 Do Projeto Constitucionalista: a Pulsão Unificadora

Diante desse contexto, o desafio das forças unificadoras, especialmente, após o espetáculo da Primeira Guerra Mundial, passou a ser o convencimento da coletividade jurídica da necessidade de colocar um centro nessa desordem jurídica internacional, que levou à catástrofe, com o fracasso das tentativas de se regular a convivência entre os Estados, com base em um modelo voluntarista de cooperação.

Seria preciso encontrar um centro e gerar um consenso acerca de uma natureza sistemática para o Direito Internacional. Utilizando o molde do direito interno, porque esse era o paradigma herdado da Modernidade, esse centro somente poderia residir na constituição. Assim, o suposto sistema internacional teria de ter uma constituição<sup>1889</sup>, que permitisse a passagem de uma “*Gestalt*” de cooperação voluntarista para uma “*Gestalt*” de coordenação, com base em uma lógica sistemática supranacional e, futuramente, em um Estado mundial. Mas, como enfrentar as resistências dos diferentes Estados soberanos?

A semente de uma “constituição jurídica mundial” foi plantada por Verdross, em livro de 1923, denominado “*Die Einheit des Rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*”<sup>1890</sup>, que poderia ser livremente traduzido por “A Unidade da Imagem Jurídica do Mundo como Fundamento da Constituição Jurídica Internacional”<sup>1891</sup>. Percebe-se

<sup>1887</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1888</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1889</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Verdross et la Théorie du Droit**. op. cit. p. 56.

<sup>1890</sup> Ibid. p. 56.

<sup>1891</sup> KUNZ, Josef L. **Alfred Verdross, Die Einheit des Rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung**. In <http://www.digizeitschriften.de/dms/img/?PID=GDZPPN00008381X&physid=phys129#navi>. Acesso em 26/10/2016. 17:00 h. p. 120/126. Não foi possível obter acesso à obra original, motivo pelo qual, recorreu-se à resenha de Kunz.



que Verdross, na sua tentativa de "reconstruir o Direito Internacional" ou de solucionar o "problema do Direito Internacional", visualizou um Direito Internacional como um verdadeiro sistema jurídico, dotado de unicidade, não apenas, pontes jurídicas entre os diversos sistemas<sup>1892</sup>. De igual modo, enxergou um Direito Internacional que pairasse supranacionalmente sobre as diversas ordens jurídicas<sup>1893</sup>.

O sentido de "constituição", que foi mudando, ao longo dos vários escritos de Verdross, era, inicialmente, o de um instrumento jurídico, a partir do qual todas as demais normas internacionais se reportariam - como se diz, atualmente, da Carta das Nações Unidas, por exemplo -, analogicamente à constituição do direito interno, que conferiria ao Direito Internacional a "*Gestalt*" de um sistema jurídico, coroando esse sistema, sendo a condição das demais normas e sem ser condicionada por elas<sup>1894</sup>. Esse "sistema uno" incluiria o direito interno e o Direito Internacional (monismo), com a predominância do último, a partir da sua mudança de opinião, manifestada em 1920<sup>1895</sup>.

Assim, inicialmente, Verdross vê o sistema jurídico internacional como estrutura, mas, posteriormente a 1926, faz uma transição da estrutura para a substância, acentuando o sentido material de "constituição" internacional, como sendo as normas fundamentais da comunidade<sup>1896</sup>. Logo, o seu enfoque passou do mero consenso de cada Estado para uma união baseada em determinados valores comuns.

Assim, vê-se que as forças unificadoras do Direito Internacional, partem sempre da ideia de um sistema, o qual, necessariamente, deve ter o atributo da unicidade. Nesse sentido, o Direito Internacional cooperativo não era visto como "sistema jurídico", fazendo necessário, para tanto, que houvesse alguma unidade orgânica entre as normas de Direito Internacional<sup>1897</sup>.

Mas, como explica Benvenisti<sup>1898</sup>, a visão sistemática do Direito - que caracterizava o ensino jurídico alemão como um todo - foi útil para construir uma visão global do Direito, que pudesse, especificamente, no Direito Internacional, delimitar a soberania nacional e as relações entre os Estados<sup>1899</sup>.

---

<sup>1892</sup> Ibid. p. 121.

<sup>1893</sup> Ibid. p. 121.

<sup>1894</sup> KLEINLEIN, Thomas. **Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism ?** Göttingen: Goettingen Journal of International Law, vol. 4, n. 2, 2012, p. 389.

<sup>1895</sup> SERRA, Antonio Truyol y. **Verdross et la Théorie du Droit**. op. cit. p. 56.

<sup>1896</sup> KLEINLEIN, Thomas. op. cit. p. 391.

<sup>1897</sup> Todo esse trabalho intelectual muito se assemelha a vender-se um lote, que ainda não havia sido, ainda, comprado, porque o que existia era a predominância da lógica soberanista.

<sup>1898</sup> BENVENISTI, Eyal. **The Conception of International Law as a Legal System**. op. cit. p. 1.

<sup>1899</sup> Ibid. p. 2.

Essa visão sistêmica, no Direito Internacional, teria sido desenvolvida no curso do século XIX, por Von Martens, Heffter e Bluntschli, e contribuído para a ideia de uma ordem jurídica mutável, o que significa dizer, que permite, ao mesmo tempo, continuidade e a mudança. A continuidade, que é consubstanciada nos princípios básicos de um sistema jurídico, com as suas regras de reconhecimento. A mudança, pelo papel dos juízes, no desenvolvimento do Direito pela interpretação e pelo ajustamento feito pelos Estados, das normas específicas, à sua prática<sup>1900</sup>.

Von Martens, em Göttingen, realizou um trabalho de compilação de atos internacionais - como tratados internacionais, declarações e outros -, com o intuito de permitir fossem interpretados e estudados, com um sentido sistemático, da mesma forma como Moser havia feito com o Direito Público<sup>1901</sup>. Nesse sentido, muito embora "seja duro dizer o que um sistema jurídico é", Martens tornou possível para as "mentes jurídicas" ver nos atos internacionais compilados algo além do mero direito positivo dos Estados<sup>1902</sup>, individualmente considerados.

Heffter<sup>1903</sup>, por seu turno, faz a sua contribuição para a visão sistêmica do Direito Internacional, compreendendo-o como o direito que governa a relação recíproca entre os Estados - europeus e cristãos, somente -, baseado em mútuo reconhecimento, no qual, se estabeleceu uma reciprocidade de aplicação, que independeria de qualquer tratado, mas da moralidade desses Estados europeus cristãos, baseada nas leis supremas da humanidade. Esse Direito Internacional Europeu, a princípio, poderia ser extraído do conteúdo dos atos internacionais existentes, mas, posteriormente, Heffter passou a defender a ideia de que ele seria não-escrito, de modo que, somente poderia ser haurido pela análise do processo histórico. Assim, o elo que une as partes desse sistema jurídico repousaria em normas de índole moral, oriundas do Cristianismo.

Bluntschli<sup>1904</sup>, por outro lado, partia de preceitos universalistas, como o sentido de Direito, como inerente a cada interação humana, exigindo respeito recíproco, o que somente seria desenvolvido à perfeição, entre povos civilizados - talvez daí a expressão "princípios gerais de Direito das Nações civilizadas". O Direito Internacional teria as suas raízes, portanto, na natureza humana, sendo uma ordem internacional necessária. Tais nações

---

<sup>1900</sup> Ibid. p. 3.

<sup>1901</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law**. Oxford: Constellations, vol. 15, n. 2, 2008.p. 195.

<sup>1902</sup> Ibid. p. 195.

<sup>1903</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander. **The Idea of European International Law**. Fiesole: The European Journal of International Law, vol. 17, n. 2, 2006. p. 322/323.

<sup>1904</sup> Ibid. p. 322/323.

civilizadas teriam desenvolvido uma consciência comum de humanidade - que o digam as duas grandes guerras mundiais -, que teria originado o Direito Internacional. Assim, ele seria sistemático, por conta dessa unicidade superestrutural.

Mas, teria sido no século XX, com os emigrados Oppenheim, Lauterpacht, Schwarzenberger e Kelsen, que essa visão se espalhou pelo mundo, de modo a se tentar criar um sistema jurídico coerente, permitindo solucionar eventuais respostas contraditórias e "cruzar as pontes entre os arquipélagos de tratados", para preencher as lacunas<sup>1905</sup>.

Esse movimento dá os seus primeiros sinais, no período entre-guerras, como será melhor detalhado a seguir.

#### 4.2.1 Os Primeiros Sinais da Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período Entre-guerras

Com a chamada "economia de guerra" e a crise política e econômica decorrente dos conflitos, o capitalismo liberal clássico deu os seus últimos suspiros. A economia vai se tornando francamente intervencionista; há um tensionamento político, que culmina no surgimento de várias ditaduras, no continente europeu e o modelo produtivo fordista começa a ganhar a hegemonia.

O conjunto desses movimentos traz um sopro de renovação no Direito Internacional. Ainda em 1918, o Chefe de Estado da União Sul Africana, Smuts<sup>1906</sup> traçava o rascunho da Liga das Nações, a caminho da Conferência de Paz, como afirmava em seu prefácio. Nele, Smuts afirmava que a Liga das Nações teria de se ocupar de muito mais do que guerra e paz, ocupando uma posição muito mais importante, para ter sucesso. No seu entender, seria o maior passo, jamais feito, no "governo do homem". Dizia que, se esse avanço não fosse feito, se teria lutado em vão, porque grandes calamidades ainda estariam por vir<sup>1907</sup>.

Smuts defendia que a Liga das Nações, não apenas atuasse na prevenção das guerras ou na punição dos beligerantes "não autorizados", mas também agisse, como no esforço de guerra, na reconstrução econômica<sup>1908</sup>, tal como ocorreu, posteriormente, com o Plano Marshall.

Mas, o mais importante é que ele afirmava que a Liga das Nações teria de ser o grande órgão da vida ordinária pacífica da civilização, como fundação de um novo sistema internacional, que seria erguido das ruínas da guerra, tornando-se uma "parte permanente da

<sup>1905</sup> BENVENISTI, Eyal. *The Conception of International Law as a Legal System*. op.cit. p. 3.

<sup>1906</sup> SMUTS, Jan Christiaan. *The League of Nations. A Practical Suggestion*. Londres: Hodder and Stoughton, 1919.p. V.

<sup>1907</sup> Ibid. p. V/VI.

<sup>1908</sup> Ibid. p. 7/8.

maquinaria internacional"<sup>1909</sup>. Ou seja, em um só momento, Smuts pugnava pela formação de um sistema internacional, que contasse com uma organização internacional permanente, com funções de coordenação sobre os vários Estados soberanos.

Isso deve ser lido como uma proposta de passagem da “*Gestalt*” de cooperação, que passou a existir, de forma mais evidente, em meados do século XIX, no Direito Internacional, para a “*Gestalt*” de coordenação, com um centro em uma organização internacional, com alguns poderes supraestatais.

Afirma Smuts que os Estados nacionais, na sua marcha pelo poder, já haviam ultrapassado as fronteiras nacionais e formado impérios, o que, de uma forma rudimentar, constituiriam “ligas de nações”, mantendo a paz entre seus membros, não à custa de liberdade, mas de repressão. A maior parte desses impérios continentais ruiu com a guerra e passaram a formar Estados nacionais, mas diz que o trabalho teria de ser feito novamente, em novas bases e em uma escala enorme, já que a Europa teria sido reduzida a seus átomos originais, dotada de pequenos países, Estados embrionários e territórios abandonados.<sup>1910</sup> Pelo que se interpreta, o modelo de Liga das Nações defendido por Smuts, era uma reprodução ampliada do Império Britânico<sup>1911</sup>, na forma de uma Comunidade de Nações (“*Commonwealth*”).

Afirmou Smuts<sup>1912</sup> que uma tarefa enorme seria imposta, assim, à nova Liga das Nações, como sucessora dos Impérios, sendo que a organização internacional teria de atuar, ela própria, sem delegação de poderes para potências individuais.

Essa Liga das Nações teria de ter uma constituição, o que traria um problema gigante e novo, tendo Smuts<sup>1913</sup>, novamente, tomado o Império Britânico como modelo, afirmando que aquele império teve grande sucesso, não por ter seguido algum precedente constitucional, mas pela sua inovação jurídica, de modo que, o novo sistema constitucional desse referido império cresceu empiricamente e organicamente, de acordo com as necessidades práticas da situação colonial.

Assim, defende um tipo de constituição da Liga das Nações, que não seja rígido, pelo contrário, sendo suficientemente elástico e capaz de crescer e adaptar-se às necessidades do novo órgão governamental<sup>1914</sup>.

---

<sup>1909</sup> Ibid. p. 8.

<sup>1910</sup> Ibid. p. 10.

<sup>1911</sup> Ibid. p. 29.

<sup>1912</sup> Ibid. p. 25.

<sup>1913</sup> Ibid. p. 31.

<sup>1914</sup> Ibid. p. 31.

Porém, descartou a ideia da Liga das Nações como um super-Estado, um super-soberano, "que estaria na mente de muitas pessoas". No sistema que propõe, os Estados seriam controlados, não por coerção, de cima para baixo, mas por consentimento, vindo de baixo para cima<sup>1915</sup>. Observe-se que, de qualquer modo, há dois níveis: o de cima e o de baixo, que já permite antever traços de uma terceira "*Gestalt*", seguinte à "*Gestalt*" de coordenação, que é a de subordinação. O esquema proposto por Smuts é uma "*Gestalt*" internacional, na transição entre a coordenação e a subordinação, porque haveria dois níveis. "Na mente de muitas pessoas", pelo contrário, haveria uma "*Gestalt*" de subordinação, com um único Estado Mundial, com poderes soberanos, que teria o poder de obrigar os Estados, mesmo contra o seu consentimento. Na visão de Smuts, essa nova Liga das Nações não teria de ser, igualmente, uma federação ou confederação de Estados, mas uma comunidade de liberdade<sup>1916</sup>.

Assim mesmo, a Liga das Nações seria real, prática, efetiva como um sistema de governo mundial. Para tanto, as decisões tomadas na Conferência de Paz não teriam de ser unânimes, para serem vinculantes - como ocorre no MERCOSUL, uma das razões de sua hibernação -, já que, se isso fosse exigido, a Liga das Nações "não tomaria qualquer decisão, ninguém a levaria a sério, não serviria nem como camuflagem e tudo logo estaria morto e enterrado, ficando o mundo pior do que antes".<sup>1917</sup>

Esse governo mundial precisaria ter os três poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. Mas esses poderes deveriam ter formas especiais, uma vez que os constituintes não seriam cidadãos, mas Estados. Então, Smuts se pergunta se os Estados Unidos, nesse novo sistema, contaria tanto quanto a Guatemala, sendo tal questão crucial. Se o voto de todos tivesse o mesmo valor, as poucas potências poderiam estar nas mãos da grande maioria de pequenos Estados.<sup>1918</sup>

Dessa forma, em igualdade de condições com os pequenos Estados, nenhuma potência se arriscaria a entrar para Liga das Nações, afirma<sup>1919</sup> - note-se que a fórmula de Liga das Nações de separar os Estados em ordens de potência, acabou por reproduzir-se na própria Organização das Nações Unidas, com os membros permanentes do Conselho de Segurança e o seu poder de veto, trata-se do mesmo mecanismo proposto por Smuts, em 1918.

---

<sup>1915</sup> Ibid. p. 32.

<sup>1916</sup> Ibid. p. 32.

<sup>1917</sup> Ibid. p. 33.

<sup>1918</sup> Ibid. p. 33.

<sup>1919</sup> Ibid. p. 34.

O dilema da futura Liga das Nações, no rascunho de Smuts, ainda é o dilema das organizações internacionais<sup>1920</sup>, de natureza política, em especial. Se o voto é unânime, a organização é inviável; se é por maioria, as grandes potências não se interessarão por ela - o que se reflete também no relativo grau de intencionalidade de fragmentação do Direito Internacional, como já visto, no capítulo anterior. Se for feita uma ponderação, no que toca à votação, porém - destaca Smuts -, outros problemas surgem. Será considerada a área territorial, a população, a riqueza?<sup>1921</sup>

O Poder Legislativo da Liga das Nações, no projeto de Smuts, seria a Grande Conferência, cuja relação entre os votos foi deixada em aberto por ele e o Poder Executivo, o Conselho da Liga das Nações - que remete ao Conselho das Comunidades Europeias, na denominação e funções. Porém, a Liga das Nações jamais poderia ser um grande sucesso, na sua visão, sem a formação de uma opinião pública internacional, como seu principal suporte<sup>1922</sup>.

A semelhança do projeto de Smuts para a Liga das Nações apresenta gritantes similaridades com institutos bastante atuais. Desse modo, as grandes potências (Império Britânico, França, Itália, Estados Unidos e Japão) seriam membros permanentes do Conselho da Liga das Nações. A Alemanha, também, tão logo voltasse a ter um governo democrático estável. Os demais, formariam o dito conselho, de forma rotativa, divididos em dois painéis, cada qual, fornecendo dois membros temporários para o mencionado conselho<sup>1923</sup>.

Dessa forma, as grandes potências teriam uma pequena maioria, na representação no Conselho, não podendo reclamar dessa composição. Por outro lado, os poderes médios e pequenos teriam uma grande representação e não poderiam afirmar que estariam à mercê das grandes potências. Nesse esquema de Smuts, não seria possível a concessão de representação permanente para grandes grupos de Estados - como, por exemplo, uma união de Estados sul-americanos, para permitir o rodízio<sup>1924</sup>.

Pelo seu projeto, todos os corpos internacionais administrativos existentes ficariam sob o comando do Conselho da Liga das Nações (correios, telégrafos, cabos submarinos, tráfego aéreo, extradição, direitos autorais e patentes, regulação de comércio e sanitária, estatísticas, pesos e medidas, questões monetárias, navegação fluvial, Direito Internacional Privado, pesqueiros, repressão ao tráfico de bebidas alcóolicas, ao tráfico de escravos,

---

<sup>1920</sup> Ibid. p. 34.

<sup>1921</sup> Ibid. p. 34.

<sup>1922</sup> Ibid. p. 36.

<sup>1923</sup> Ibid. .p. 35/36.

<sup>1924</sup> Ibid. p. 36.

combate ao tráfico de escravas brancas), com um corpo permanente<sup>1925</sup>. Vê-se, aí, um embrião de muitas das organizações internacionais, que povoam o ambiente internacional atual, de certa forma, responsáveis pelo fenômeno da diferenciação funcional, que se alega, levaria à fragmentação do Direito Internacional, o que é irônico, eis que, surgem pela primeira vez, em uma visão unificada da área.

Menciona Smuts que outros temas seriam tratados pela nova Liga das Nações, como é o caso da liberdade de navegação e a remoção de barreiras econômicas, entre os membros da organização, como proposto pelo Presidente Wilson<sup>1926</sup>.

Smuts<sup>1927</sup> também foi um pioneiro, ao referir-se ao argumento dos problemas de natureza global, referindo-se à indústria, ao comércio, às finanças - antecipando-se em, pelo menos, cinquenta anos, à formação dos mercados financeiros "*off-shore*" -, trabalho, trânsito e comunicações; que, segundo ele, estariam ultrapassando as fronteiras nacionais e clamando por regulação internacional.

No que toca ao Poder Judiciário, faz menção a cortes de arbitragem e conciliação<sup>1928</sup>, de caráter permanente.

Em termos completamente atuais, como visto no Capítulo II, Smuts propõe, para o fim de estabelecer a paz mundial, a eliminação da conscrição militar e de exércitos de conscritos, a limitação dos armamentos e a estatização da produção de munição<sup>1929</sup>.

Interessante notar que, no modelo de Smuts, de Poder Judiciário baseado em negociação, arbitragem e conciliação, algumas questões seriam não-justiciáveis, como seria o caso de interesses vitais e honra nacional<sup>1930</sup> - que mais se assemelham à exceção de ordem pública, bem de acordo com o espírito da época.

Por fim, afirmou que a Liga das Nações seria a corporificação e expressão viva da unidade moral e espiritual da raça humana<sup>1931</sup>, o que denota a necessidade lógica da existência de uma suposta unidade, para se formar um sistema. Em especial, no Direito Internacional, que é, imanentemente, descentralizado.

Muito embora, algumas de suas ideias tenham, de fato, sido utilizadas na construção da Liga das Nações, como se observa de seu estatuto, o fato é que a futura Organização das Nações Unidas é que acabou por se parecer mais com a sua visão, como se observa da

---

<sup>1925</sup> Ibid. p. 42.

<sup>1926</sup> Ibid. p. 42.

<sup>1927</sup> Ibid. p. 42. O Direito Internacional, já nessa época, tinha de acompanhar a mudança econômica.

<sup>1928</sup> Ibid. p. 44/46.

<sup>1929</sup> Ibid. p. 49.

<sup>1930</sup> Ibid. p. 66.

<sup>1931</sup> Ibid. p. 71.

composição dos membros permanentes do Conselho de Segurança da organização internacional mais atual.

Porém, para que o Direito Internacional tivesse obtido da comunidade jurídica internacional o reconhecimento de sua própria existência e realidade, foi necessária a participação de um grande internacionalista, que veio a falecer pouco antes do início da Primeira Guerra Mundial, chamado Oppenheim<sup>1932</sup>, que foi essencial para a construção dos conceitos trazidos pela pulsão unificadora, no momento seguinte. Especialmente, o início do primeiro volume de seu famoso tratado.

O internacionalista inicia o seu tratado, conceituando o Direito Internacional como sendo “o corpo de regras costumeiras e convencionais, que são consideradas vinculantes, pelos Estados civilizados, nas suas relações com os demais”. Afirma ele que existem as regras de Direito Internacional universal e aquelas que são apenas particulares, vinculando somente dois ou mais Estados. Por sua vez, o Direito Internacional geral, no seu entender, seria o corpo de regras, vinculante para a grande maioria dos Estados, inclusive as grandes potências. Dá o exemplo da Declaração de Paris, de 1856, bem como, das Regulações de Haia, de 1899. Tais regras teriam a tendência de tornar-se Direito Internacional universal.<sup>1933</sup>

Pelo que se percebe, Oppenheim faz uma espécie de gradação, segundo o critério da amplitude de vinculação desses corpos de regras de Direito Internacional, das menos amplas, como as particulares, para as mais amplas, que são as universais. No interior desse *continuum*, as regras de Direito Internacional geral possuiriam uma tendência à universalização.

Alega Oppenheim que o Direito Internacional como é conhecido hoje, somente passou a existir em meados da Idade Média, mas só teria se transformado em corpo sistemático de regras com Grotius<sup>1934</sup>, após a publicação de “*De Jure Belli ac Pacis Libri III*”, ao qual se deve todo o desenvolvimento posterior.<sup>1935</sup> Logo, o internacionalista assume que o Direito Internacional é um sistema jurídico e o é, há muito.

Nota-se, no entanto, que Oppenheim<sup>1936</sup> ainda permanece fiel à “*Gestalt*” cooperativa do Direito Internacional, com ênfase no Princípio da Soberania, porque diz que o Direito

---

<sup>1932</sup> OPPENHEIM, Lassa. **International Law. A Treatise**. vol. I. Londres: Longman, 1905.p. 3/43.

<sup>1933</sup> Ibid. p. 2.

<sup>1934</sup> LAUTERPACHT, Hersch. **The Grotian Tradition in International Law**. Oxford: British Yearbook of International Law, vol. 23, 1946.p. 1. Lauterpacht afirma que, com Grotius, há mais do que um mero elo na evolução do pensamento, mas ressaltou-se “a unidade e a consistência” desse corpo de normas, transcendendo as suas “evasões e contradições”.

<sup>1935</sup> OPPENHEIM, Lassa. op. cit. p. 4.

<sup>1936</sup> Ibid. p. 4.



Internacional não está acima, mas entre os Estados soberanos<sup>1937</sup>, motivo pelo qual, Bentham o denominou dessa forma. Alegou, ainda, que somente o Direito Internacional Público - conforme a distinção feita pelo mesmo Bentham - seria Direito Internacional, em realidade, porque o Direito Internacional Privado não regularia a relação entre Estados, fazendo parte de cada direito interno.

Em seguida, Oppenheim ingressa na discussão sobre a questão da vinculação do Direito Internacional, fazendo referência a Hobbes, Puffendorf e Austin, que negavam tal possibilidade. Segundo Scott<sup>1938</sup>, para Austin, como o Direito Internacional não teria uma autoridade soberana para obrigar o seu cumprimento, não seria sequer Direito.

Na realidade, na visão de autores como Austin, o Direito Internacional não seria Direito positivo, o que, para o Positivismo Jurídico significa não ser Direito. Mas, eles não negavam a existência de regras, existentes entre os Estados, que eram impostas pelo medo de reprovação geral dos demais, uma sanção moral.<sup>1939</sup>

No caso da opinião de Hobbes<sup>1940</sup>, segundo Grewal, a solução para a ordem internacional seria a existência de uma soberania global, um Leviatã global, mas, contraditoriamente, jamais propôs um Estado mundial, tendo feito um mero diagnóstico da ordem internacional e da impossibilidade de se ter uma ordem, em um ambiente de todos contra todos.

Porém, Oppenheim discorda da definição de Direito, tomada por esses autores como correta, porque ela não leva em conta o costume, mesmo no direito interno. Alega que não há comunidades ou Estados, no mundo inteiro, que só tenham Direito escrito. Oppenheim esclareceu o seu conceito de Direito, que é “corpo de regras para a conduta humana, no interior de uma comunidade, a qual, por consenso, pode ser tornada obrigatória por um poder externo”.<sup>1941</sup>

Partindo desse conceito de Direito, Oppenheim foi capaz de justificar a existência do Direito Internacional e a sua capacidade de vincular os Estados, porque, tanto no direito

---

<sup>1937</sup> BURGESS, Liam; FRIEDMAN, Leah. **A Mistake Built on Mistake: The Exclusion of Individuals under International Law**. Sidney: Macquarie Law Journal, vol. 5, 2005.p. 221. Os autores comentam, criticamente, esse aspecto do Direito Internacional do período liberal clássico, fazendo referência a Henkin, que afirmava que a soberania seria “um erro construído sobre outro erro”.

<sup>1938</sup> SCOTT, James B. **The Legal Nature of International Law**. Nova Iorque: Columbia Law Review, vol. 5, n. 2, fevereiro/1905.p. 124/152. Faz-se referência ao pensamento de Austin, que via o Direito Internacional como um falso Direito, um Direito não-positivo, que é estabelecido por opinião geral, onde as suas obrigações são impostas por sanção moral, pelo medo de provocar hostilidade geral.

<sup>1939</sup> Ibid. p. 124/152

<sup>1940</sup> GREWAL, David Singh. **The Domestic Analogy Revisited: Hobbes on International Order**. New Haven: The Yale Law Journal, vol. 125, 2016.p. 638/645. O autor demonstra que Hobbes

<sup>1941</sup> OPPENHEIM, Lassa. op. cit. p. 8.

interno, quanto no Direito Internacional, para o exercício de coerção, a fim de se fazer cumprir esse corpo particular de regras, é preciso existir, antes, um consenso<sup>1942</sup> sobre a sua força obrigatória. Não seria obrigatória a existência de regras escritas, nem de autoridades públicas legislativas ou jurisdicionais<sup>1943</sup>.

Então, a grande cooperação de Oppenheim para essa pulsão unificadora, que viria surgir com força, no período entre-guerras, foi, em primeiro lugar, afirmar a existência e a força vinculante das normas de Direito Internacional, independentemente do fato da inexistência de uma soberania superior, como monopólio da força, para coagir os Estados ao cumprimento de suas normas. Também o fez, ao lançar a idéia de uma tradição – de resto, bastante contestada<sup>1944</sup> –, desde Grotius, acerca de uma sistematização das regras de Direito Internacional, que seria, somente, o Direito Internacional Público, porque só ele regularia a relação entre Estados soberanos. Isso foi feito, na transição do século XIX para o século XX.

Por seu turno, Lauterpacht<sup>1945</sup> vai bastante à frente, sendo o responsável por uma visão de Estado mundial<sup>1946</sup> – a idéia da “Liga das Nações como federação mundial” –, que seria apto a garantir as relações pacíficas entre os Estados, porque a Liga das Nações teria falhado na sua missão.

Já, desde a década de vinte, Lauterpacht se voltava contra a visão do Positivismo Jurídico Internacional, baseada na soberania nacional e nos Estados soberanos, afirmando que esse sistema teria de ser substituído por outro, um sistema jurídico cosmopolita abrangente e administrado de forma profissional, como se essa estrutura cosmopolita fosse um Estado liberal<sup>1947</sup>.

<sup>1942</sup> GUZMAN, Andrew. **The Consent Problem in International Law**. Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Working Paper Series, 03/10/2011. P. 1/64. O problema é tão atual, afetando a idéia de sistema, no Direito Internacional, que ele propõe a adoção de formas não-consensuais no Direito Internacional, em especial, da “*soft law*”.

<sup>1943</sup> OPPENHEIM, Lassa. op. cit. p. 8.

<sup>1944</sup> KINGSBURY, Benedict. **A Grotian Tradition of Theory and Practice? Grotius, Law, and Moral Skepticism in the Thought of Hedley Bull**. In [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5584&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5584&context=faculty_scholarship). Acesso em 31/10/2016.11:49 h. p. 1/32. O autor faz referência ao pensamento de Bull, no campo das Relações Internacionais, em oposição ao seu professor Martin Wight, que visualizava três tradições no Direito Internacional: a kantiana, que seria progressista e cosmopolita; a hobbesiana, baseada na “*Realpolitik*” e a de Grotius, que seria um meio-termo entre as duas anteriores. Bull aponta diferenças entre os escritos de Grotius e a tão-falada “tradição”, que diz não existir, ao contrário do que diziam Lauterpacht ou Van Vollenhoven.

<sup>1945</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 2, 1997.p. 217.

<sup>1946</sup> LAUTERPACHT, Hersch. **The Function of Law in International Community**. Oxford: Clarendon Press, 1933.p.432/434. O internacionalista via o Direito Internacional como um reflexo do Direito Público interno. Por essa razão, também foi um dos precursores do movimento constitucionalista, no Direito Internacional.

<sup>1947</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law**.op. cit. p. 217.

Para ele, seria necessária uma constitucionalização das relações internacionais, fulcrada em cinco pontos principais, no sentido da obtenção da paz mundial<sup>1948</sup>: o dever de não se recorrer à força, o dever de resolução pacífica das questões internacionais, o dever de aceitação dos métodos de solução de controvérsias arbitrais ou jurisdicionais, o dever de cumprir e fazer cumprir as decisões coletivas e, por fim, o dever de participar da “maquinaria da mudança pacífica”.<sup>1949</sup>

Afirma Koskenniemi<sup>1950</sup> que Lauterpacht seria essencialmente um liberal clássico, que via o período entre-guerras como um retrocesso, distanciando-se de Kelsen<sup>1951</sup>, por considerar que seria uma necessidade a incorporação de valores<sup>1952</sup>, como única garantia contra a irracionalidade da política.

Como, no entender de Lauterpacht, o maior problema do Direito Internacional seria o fato dos próprios Estados nacionais interpretarem, para si mesmos, o que seriam as obrigações internacionais (“*self-judging obligations*”), uma organização federativa da ordem internacional se faria necessária, para acabar com esse tipo de auto-julgamento. Essa organização em formato federativo – uma “*Gestalt*” de subordinação, portanto -, teria apoio na opinião pública internacional – o que também remete à proposta de Smuts para nova Liga das Nações -, na interdependência entre seus membros, na comunhão de interesses e na indivisibilidade da paz<sup>1953</sup>.

O ponto de vista de Lauterpacht<sup>1954</sup> era o de que o Direito Internacional não seria, nem primitivo, nem especial, mas, como qualquer outro ramo de Direito. Existiriam imperfeições transitórias, que seriam corrigidas pelo inevitável desenvolvimento da interdependência econômica (globalização, internacionalização do capital?), da democracia (considerando ambos, seria o “fim da História”?) e com o esclarecimento da opinião pública internacional (sociedade civil global?). Como se vê, Lauterpacht apresenta muitos aspectos absolutamente atuais.

<sup>1948</sup> CAPPs, Patrick. **Lauterpacht’s Method**. Oxford: British Yearbook of International Law, vol. 82, n. 1, 2011.p. 248/280. O autor afirma que Lauterpacht visualizava uma conexão necessária entre Direito e Moral, sendo que, especificamente, no caso do Direito Internacional, ele estaria teleologicamente orientado para a Paz Mundial. Após a década de quarenta, incluiu nessa teleologia, também os direitos humanos. Desse modo, haveria um dos requisitos para um sistema jurídico internacional.

<sup>1949</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law**. op. cit. p. 217.

<sup>1950</sup> Ibid. p. 217/218.

<sup>1951</sup> BERNSTORFF, Jochen von; DUNLAP, Thomas. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.p. 115. Dizem os autores que Lauterpacht rejeitava o relativismo valorativo radical da Teoria Pura do Direito, porque haveria uma expulsão desnecessária dos valores mais importantes da Ciência do Direito.

<sup>1952</sup> CAPPs, Patrick. op. cit. p. 248/280.

<sup>1953</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law**. op. cit. p. 219.

<sup>1954</sup> Ibid. p. 223.

Mais do que isso, o Direito Internacional seria um sistema<sup>1955</sup>, mas a unidade desse sistema é, no seu modo de argumentar, algo como um postulado científico, porque, tanto no Direito, quanto na Física, existiria um “horror ao vácuo”. Essa unidade, no Direito Internacional, seria atingida através do uso da analogia – a aplicação para o domínio jurídico daquilo que os lógicos e os cientistas aplicam, necessariamente, em suas disciplinas. A analogia seria o meio de suplementar material fragmentário ou contraditório, assegurando a unidade do todo.<sup>1956</sup> Do ponto de vista da formação do sistema de Direito Internacional, a sua contribuição mais importante foi a sua insistência no uso de institutos de outros campos do Direito, inclusive do Direito Privado, analogicamente, para preencher as lacunas do Direito Internacional<sup>1957</sup>. Em certo sentido, já antecipava a atual tendência a eliminar as barreiras entre Direito Público e Direito Privado.

No que toca ao suposto sistema de Direito Internacional e ao seu centro, afirma-se que Lauterpacht seguiria uma “abordagem rabínica”<sup>1958</sup>, o que explica porque contrariava o “*Zeitgeist*” tão ligado ao Estado nacional e à soberania, inclusive aquele de sua formação jurídica. Segundo Paz<sup>1959</sup>, da mesma forma que a divindade é uma, também a tradução do que ele significaria, teria de ser una. Paralelamente, Lauterpacht via o Direito como um todo único, adotando princípios como aquele da completude da lei e da absoluta justiça. Segundo o seu pensamento, se a justiça não for universal e completa, seria negada. Nesse sentido, o Direito Internacional seria a tradução da decência natural, racionalidade e valores universais. E a vitória dos valores universais teria de ser sobre o particularismo do Estado soberano<sup>1960</sup>.

Em uma crítica aos positivistas jurídicos, Lauterpacht<sup>1961</sup> afirmava que haveria no seu pensamento uma inconsistência lógica, porque o Estado não poderia ser a fonte última do Direito, até porque, para evitar o raciocínio tautológico, a *pacta sunt servanda* ou qualquer outro metaprincípio teria de existir, antes, como uma norma não-consensual.

Além disso, em sendo a soberania um feixe de poderes e direitos atribuídos ao Estado por uma ordem jurídica, da mesma forma, poderiam eles ser divididos ou limitados, o mesmo

---

<sup>1955</sup> BERNSTORFF, Jochen von; DUNLAP, Thomas. op. cit. p. 115. Afirmam os autores que Kelsen, Kunz e Lauterpacht derivam da mera existência de um estoque de regras de Direito Internacional a progressiva formação de um sistema jurídico universal.

<sup>1956</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law**. op. cit. p. 223/224.

<sup>1957</sup> VRDOLJAK, Ana Filipa. **Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 20, n. 4, 2010 .p. 1171.

<sup>1958</sup> PAZ, Raut Yael. **Making it Whole: Hersch Lauterpacht’s Rabbinical Approach to International Law**. Göttingen: Goetting Journal of International Law, vol. 4, n. 2, 2012.p. 419.

<sup>1959</sup> Ibid. p. 424.

<sup>1960</sup> Ibid. p. 429.

<sup>1961</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law**.op. cit. 224.

ocorrendo com o território, como se fosse o direito de propriedade. Como a lei normatiza comportamentos e condutas, também os Estados poderiam ser punidos e a culpa subjetiva seria um elemento de sua responsabilização.<sup>1962</sup>

Percebe-se, por conseguinte, em Lauterpacht, os mesmos traços agora observados no Direito Internacional do padrão de acumulação flexível, como a relativização dos poderes soberanos, a força da globalização econômica para limitar o poder dos Estados nacionais, a formação de um Direito cosmopolita – ainda que, na sua visão, o que seria formado corresponderia a uma federação de Estados, algo bem diferente de uma sociedade civil global -; dentre outros aspectos.

Um deles é muito importante. Lauterpacht<sup>1963</sup> via o Pacto da Liga das Nações como uma constituição, como a “lei maior”, “a carta fundamental da sociedade internacional”, ou seja, haveria um centro nesse todo sistemático, porque qualquer outro tratado, contraído pelos Estados-membros, seria nulo, caso contrariasse os termos do Pacto das Nações. Mais ou menos, a mesma discussão da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>1964</sup>, com relação ao *jus cogens*. Assim, com um centro, assegurava-se o caráter sistemático do Direito Internacional.

A atualidade de Lauterpacht e a sua importância para as modernas discussões em Direito Internacional também incluíram a posição tradicional, do Positivismo Jurídico Internacional, de considerar os Estados como os únicos sujeitos de Direito Internacional, postulando ele que as organizações internacionais também fossem assim reconhecidas<sup>1965</sup> e que os indivíduos, em especial, nas questões de direitos humanos, fossem protegidos ou responsabilizados, por tratados internacionais, defendendo ele o acesso à justiça internacional pelo indivíduo, por exemplo, por meio de ações, como ocorre, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, na atualidade<sup>1966</sup>.

A maneira pela qual Lauterpacht<sup>1967</sup> promoveu os direitos humanos e pugnou pela criminalização do genocídio, na esfera internacional, foi através da crítica à soberania nacional e à deificação do Estado. Nesse aspecto, muito se aproxima das tendências mais

---

<sup>1962</sup> Ibid. p. 224/225.

<sup>1963</sup> Ibid. p. 234.

<sup>1964</sup> MAGALLONA, Merlin M. **The Concept of Jus Cogens in Vienna Convention on the Law of Treaties.** Manila: Philippine International Law Journal, vol. 51, n. 5, 1976.p. 521/542. O autor afirma que todo o sistema jurídico possui normas imperativas – *jus cogens* -, que não são derogáveis por convenção – *jus dispositivum*. Diz também que o *jus cogens* estaria implícito na hierarquia de normas de Grotius, mas foi positivado, pela primeira vez, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, na qual, para ser caracterizado, exige que a sua condição imperativa seja aceita e reconhecida pelo todo da comunidade internacional dos Estados.

<sup>1965</sup> PAZ, Raut Yael. op. cit. p. 429.

<sup>1966</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law.** op. cit. p.248.

<sup>1967</sup> VRDOLJAK, Ana Filipa. op. cit. p. 1168.

recentes de unificação do Direito Internacional, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, com o projeto constitucionalista, com a reintrodução dos valores no Direito Internacional, a formação de organizações internacionais especializadas, inclusive nos chamados “direitos humanos”, a criação dos tribunais *ad hoc* e permanentes para a área penal internacional, a visão de seres humanos como unidade fundamental de qualquer direito, inclusive o Direito Internacional<sup>1968</sup>, dentre outros aspectos, sobre os quais se falará.

Lauterpacht assemelha-se a essa pulsão unificadora dos trinta anos dourados, até mesmo, pela maneira como visualizava a “*Gestalt*” internacional, com um Estado mundial federal, à moda de Kant e da paz perpétua, modelo que o padrão de acumulação flexível acabou por sepultar, já que a escala e modelo estatal foi superada, pelo influxo da mudança da Economia.

Lauterpacht é, pois, uma das pontes entre o início dessa pulsão unificadora no período entre-guerras e um período em que ela se fortaleceu, a ponto de permitir a institucionalização do Direito Internacional e a sua suposta constitucionalização, estrutural e material. A outra ponte é Kelsen, como se verá, igualmente.

#### 4.2.2 A Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período dos Trinta Anos Dourados

Sem embargo, muito embora tivessem grandes diferenças de concepção sobre o Direito, Lauterpacht e Kelsen são duas importantes pontes entre o período de fomentação inicial da pulsão unificadora do Direito Internacional e o período do pós-guerra, quando ocorreu uma institucionalização maciça do Direito Internacional, a ponto de se pensar que viria, finalmente, a concretizar-se a previsão de Kant sobre a federação cosmopolita de Estados e a paz perpétua.

Todo esse projeto, centrado na constitucionalização do Direito Internacional, em termos estruturais e materiais, acabou por ser atropelado, inicialmente, pela bipolaridade instalada com a Guerra Fria e, em um segundo momento, quando se pensava que, após a queda do Muro de Berlim, tudo seria diferente.

Muito do que ocorreu no Direito e no Direito Internacional, depois da Segunda Guerra Mundial, especialmente, nos trinta anos dourados em que o padrão de acumulação fordista estava em sua hegemonia, se deve a Hans Kelsen<sup>1969</sup> e a sua visão de Direito e de Direito

---

<sup>1968</sup> Ibid. p. 1169.

<sup>1969</sup> Convém destacar que esse reconhecimento não implica contradição, com as afirmações sobre a existência de uma forte relação entre a mudança econômica e a mudança no Direito, feitas anteriormente nesta tese. Para isso, basta notar que as suas ideias sobre o alegado sistema de Direito Internacional se tornaram muito mais aceitas, ao

Internacional com formato piramidal, uma “*Gestalt*” de subordinação, em três dimensões, uma visão de Direito e de Direito Internacional como sistema.

Kelsen inicia o seu raciocínio firmando a tese da existência e juridicidade do Direito Internacional, afirmando que isso é possível, se considerado o seu caráter normativo, não um modo particular de conduta dos homens ou as relações entre eles.<sup>1970</sup> Alega Kelsen, algumas normas jurídicas emanam dos comportamentos habituais dos homens, vivendo em comunidade, formando o Direito costumeiro. O referido Direito costumeiro pode constituir uma comunidade, que não dependa de algum governo, não constituindo um Estado, da mesma forma que se dá em comunidades jurídicas primitivas e na comunidade constituída pelo Direito Internacional<sup>1971</sup>.

Por outro lado, o que há de comum entre homens vivendo em comunidade, no seu ponto de vista, é a submissão a uma única e mesma ordem, que regule a sua conduta recíproca, de modo que, “o Direito regula a sua própria criação”. O Direito Internacional, portanto, é uma ordem jurídica que constitui uma comunidade jurídica<sup>1972</sup>. Uma ordem jurídica, segundo assevera, não é um grupo fortuito de normas. No seu ponto de vista, é um sistema de normas, com um relacionamento específico entre elas, no qual, umas são subordinadas a outras.<sup>1973</sup>

No que toca ao reconhecimento do caráter jurídico do Direito Internacional, fazendo uma comparação com o direito interno, entende Kelsen que o Direito Internacional só pode ser considerado um Direito, caso as intervenções pela força, de um Estado em outro, só sejam aceitas, no caso de reação a ato ilícito, porque, neste sentido, se compreende tal reação como algo advindo da própria comunidade jurídica internacional, tal como ocorre nas comunidades primitivas, onde a sanção é descentralizada.<sup>1974</sup>

Em seguida, Kelsen analisa os domínios de validade do Direito Internacional – territorial, temporal, pessoal e material -, para saber se são limitados ou ilimitados, sendo que essa limitação só pode operar, mediante outra norma.<sup>1975</sup> Afirma Kelsen que a ordem normativa do Direito Internacional não contém normas limitadoras dos seus domínios de validade, não existindo, igualmente, uma ordem jurídica superior a ela, que possa limitá-la.

---

final da Segunda Guerra Mundial, quando se inicia o Alto Fordismo, em outras palavras, quando esse padrão de acumulação atinge a sua maturidade. Kelsen, por assim dizer, era o homem certo, no tempo certo.

<sup>1970</sup> KELSEN, Hans. **Théorie Du Droit International Public. Recueil des Cours.** op. cit. p. 9.

<sup>1971</sup> Ibid. p. 11.

<sup>1972</sup> Ibid. p. 12.

<sup>1973</sup> Ibid. p. 6.

<sup>1974</sup> Ibid. p. 28/32.

<sup>1975</sup> Ibid. p. 63.

Esse fato a distinguiria da ordem interna ou nacional.<sup>1976</sup> Desse modo, os domínios de validade territorial e temporal seriam ilimitados.<sup>1977</sup>

Convém frisar que Kelsen refere-se ao Direito Internacional, apenas, como o Direito Internacional geral, porque, evidentemente, o Direito Internacional possui um domínio de validade territorial – e, às vezes, temporal – limitado, segundo a norma convencional.

No que pertine ao domínio de validade pessoal, afirma Kelsen que os indivíduos também são sujeitos de Direito Internacional, mas, de uma maneira específica, diferente da forma como são sujeitos de direito interno. Por isso, diz que o domínio de validade pessoal do Direito Internacional também é ilimitado, já que também se aplica aos homens. A função essencial do Direito é a de regular a conduta recíproca dos homens, se assim não fosse, jurídico não seria.<sup>1978</sup> A pessoa jurídica, por sua vez, não é uma realidade do Direito positivo, nem da natureza, de modo que, as obrigações e os direitos de uma sociedade são obrigações e direitos de indivíduos, que são membros dela<sup>1979</sup>. Isso vale, por exemplo, para o Estado, que é uma comunidade, não uma unidade biológica, psicológica ou sociológica, mas jurídica.<sup>1980</sup> Ao admitir a inexistência de limitação para a validade pessoal do Direito Internacional, Kelsen acaba por trazer a questão dos novos atores de Direito Internacional, incluindo, igualmente, as organizações internacionais<sup>1981</sup>.

Além disso, diz Kelsen não existir diferença entre a relação de subordinação, que existe entre o indivíduo e o ordenamento jurídico e o Estado e o ordenamento jurídico internacional. A relação entre um tribunal internacional e os Estados é a mesma, na sua opinião, que há entre um tribunal nacional e os indivíduos submetidos à jurisdição<sup>1982</sup>. Assim, verifica-se, desde já, uma “*Gestalt*” de subordinação.

No ponto relativo à validade material do Direito Internacional, ao afirmar, igualmente, não ser limitada, Kelsen também acaba por trazer a questão dos novos temas do Direito Internacional, que é uma questão da época de predomínio do padrão de acumulação flexível, ou seja, bastante posterior. Isso se dá porque o Direito Internacional pode regular as mesmas matérias que o direito interno.<sup>1983</sup> O Direito Internacional começa a se tornar indistinguível de

---

<sup>1976</sup> Ibid. p. 63.

<sup>1977</sup> Ibid. p. 64.

<sup>1978</sup> Ibid. p. 66.

<sup>1979</sup> Ibid. p. 67.

<sup>1980</sup> Ibid. p. 71.

<sup>1981</sup> Ibid. p. 107/108.

<sup>1982</sup> Ibid. p. 72/75.

<sup>1983</sup> Ibid. p. 111/112.



seu fundo, exatamente, porque os seus sujeitos e temas foram ampliados, em relação ao Direito Internacional tradicional, da época do Positivismo Jurídico Internacional.

Não foi o único ponto antecipado por Kelsen, que, já na década de cinquenta, afirmava existir uma “tendência de regular matérias, que originariamente só eram reguladas pelo direito interno”, uma “tendência crescente de internacionalização do Direito” e a “substituir o direito nacional por um Direito Internacional convencional”<sup>1984</sup>. Com efeito, na década de cinquenta, a economia mundial já indicava uma recuperação e havia a necessidade de exportação dos excedentes, o que resultou em um incremento das atividades de comércio internacional, com a introdução de mecanismos de financiamento internacional dessas operações. Nas década seguinte, começaria a formação de nichos “*off-shore*”, como já relatado no capítulo 2. Cabia ao Direito Internacional acompanhar esse movimento econômico de internacionalização.

Um ponto importante para caracterizar determinado ramo como jurídico e como um sistema, para Kelsen, é o aspecto da criação das normas, porque uma das características do Direito é o fato dele regular a sua própria criação. No direito interno, isso é feito pela constituição. No plano internacional, também há, segundo Kelsen, uma “constituição”, ou seja, o conjunto de normas, que regulam a criação do Direito Internacional, determinando as suas fontes.<sup>1985</sup>

Assim, no Direito Internacional, como no direito interno, haveria uma estrutura hierárquica, que a caracterizaria como ordem. Dessa forma, o direito criado por instituições internacionais e por tribunais internacionais retiraria a sua validade dos tratados instituidores e aqueles, do costume internacional, em especial, da norma costumeira internacional *pacta sunt servanda*. Por isso, no Direito Internacional, no entender de Kelsen, as normas superiores são as costumeiras, as quais, por sua vez, retirariam a sua validade da hipótese fundamental, que não é jurídica.<sup>1986</sup>

Por fim, no sistema de pensamento de Kelsen, a soberania nacional é relativizada – o que é bastante contemporâneo -, já que é vista como um estado intermediário, na série de formas jurídicas, que se estende da comunidade universal do Direito Internacional às diversas comunidades jurídicas subordinadas ao Estado. Por outro lado, afirma que a relativização da noção de Estado seria o passo necessário para obter a unidade teórica de tudo o que é jurídico,

---

<sup>1984</sup> Ibid. p. 118.

<sup>1985</sup> Ibid. p. 119.

<sup>1986</sup> Ibid. p. 170/171.

de modo que a sua teoria seria uma condição essencial para se atingir a unidade política do mundo, dotada de uma organização jurídica centralizada.<sup>1987</sup>

Ora, como essa relativização do Estado e da soberania nacional ocorreu e ocorre, de forma totalmente assimétrica, não se obtendo a pretendida unidade político-jurídica do mundo (Estado mundial com uma dada constituição mundial, em seu topo), em formato piramidal, uma “*Gestalt*” de subordinação, esse conjunto de normas reguladoras da conduta humana não tem, ainda, nem unidade, nem centro. Logo, não deveria ser considerado um sistema, até que tais assimetrias desaparecessem e os demais requisitos fossem atingidos. Mas, à esta conclusão, a tese já havia chegado.

No entanto, apesar de todas as contradições e incompletudes apontadas, a visão de Kelsen sobre o Direito, tanto interno, quanto internacional, tornou-se bastante popular, exercendo grande influência, especialmente, durante os trinta anos dourados, a Guerra Fria e a hegemonia do padrão de acumulação fordista.

A contribuição de todos esses doutrinadores, como Oppenheim, Verdross, Lauterpach e Kelsen acabou por fundar uma série de modificações no Direito Internacional, em especial, no campo institucional, de tal modo, que o ambiente jurídico internacional passou a contar, não somente, com as organizações internacionais destinadas a busca da paz mundial, como a Liga das Nações ou a Organização das Nações Unidas, mas com entes administrativos, judiciariformes e até normativos, com uma atuação multinível, abrangendo todos os campos jurídicos, como no direito interno, além de ter ocorrido uma grande abertura para os novos sujeitos de direitos e deveres. Mas, não se chegou ao fim da soberania ou do Estado, nem ao Estado mundial ou à constituição mundial.

O que pode ser interpretado como um auge e o grande marco jurisprudencial do predomínio da visão sistêmica do Direito Internacional, bem como, do projeto constitucionalista, é o Caso Barcelona Traction<sup>1988</sup>, porque nele se reconheceu a existência de determinado tipo de normas, aplicável aos Estados em geral, independentemente de seu consentimento.

Deveras, no Caso Barcelona Traction, decidido pela Corte Internacional de Justiça, em 1970, iniciado pela Bélgica contra a Espanha, nos idos de 1958, sendo a ação reproposta em 1962<sup>1989</sup>.

---

<sup>1987</sup> Ibid. p. 200.

<sup>1988</sup> <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Acesso em 01/11/2016. 09:45 h. p. 1/52.

<sup>1989</sup> Ibid.p. 7.

Originalmente, a ação havia sido proposta pelo governo belga, no sentido de obter reparação do governo espanhol, por conta de prejuízos, que teriam sido sofridos pela empresa Barcelona Traction Light and Power, por fatos que seriam contrários ao Direito Internacional, mas a referida ação, iniciada em 1958 foi suspensa, por conta de negociações. Posteriormente, em 1962, com o fracasso das negociações, o governo belga ajuizou novamente a ação contra o governo espanhol, no sentido de obter reparação para os acionistas belgas da empresa.<sup>1990</sup>

O pleito belga foi rejeitado por maioria (15 a 1), sendo que doze juízes adotaram o mesmo fundamento e os demais fizeram votos em separado<sup>1991</sup>. Mas, o ponto que realmente interessa para a tese, no presente caso, é um trecho do julgamento, no qual se diferencia a questão do oferecimento, pela Bélgica, de proteção diplomática aos acionistas da empresa, de outro tipo de normas, que se passou a reconhecer, no Direito Internacional<sup>1992</sup>.

Com efeito, afirma a Corte Internacional de Justiça que, quando o Estado admite, em seu território, estrangeiros ou investimentos estrangeiros, deve estender a eles a proteção legal, assumindo determinadas obrigações. Porém, tais obrigações não são absolutas. Assim, estabelece-se uma distinção entre obrigações do Estado, em relação a toda comunidade internacional, por um lado, bem como, com relação a outro Estado, como ocorre no campo da proteção diplomática.<sup>1993</sup>

Também afirmou a Corte Internacional de Justiça que essas normas referem-se a toda comunidade internacional, por conta de sua natureza e da importância dos direitos envolvidos, de modo que, todos os Estados passam a ter interesse em sua proteção. Nessa hipótese, há obrigações *erga omnes*.<sup>1994</sup>

Prosseguiu a Corte Internacional de Justiça, afirmando que tais obrigações derivam, por exemplo, da violação às normas de Direito Internacional, que implicam atos de agressão ou genocídio, bem como, a violação de direitos básicos da pessoa humana, como a proteção contra a escravidão e contra a discriminação racial.<sup>1995</sup>

Alguns autores afirmam que a Corte Internacional de Justiça perdeu a oportunidade<sup>1996</sup> de utilizar o termo *jus cogens*, cuja conotação se refere a uma norma imposta ao Estado

---

<sup>1990</sup> Ibid.p. 7.

<sup>1991</sup> Ibid. p. 52.

<sup>1992</sup> Ibid. p. 32.

<sup>1993</sup> Ibid. p. 32.

<sup>1994</sup> Ibid. p. 32.

<sup>1995</sup> Ibid.p. 32.

<sup>1996</sup> SIMMA, Bruno. **Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 20, n. 2, 2009. p. 272. O internacionalista afirma que a Corte Internacional de Justiça somente dignou-se a utilizar o termo *jus cogens* em 2006, no julgamento do Caso Congo

soberano, mesmo contra a sua vontade ou consentimento, o que resolveria o velho problema do Direito Internacional, no que se refere à vinculação da norma, de modo que, com isso, a visão do ramo jurídico como um sistema - e da própria norma como jurídica e não moral. Ao invés disso, preferiu-se focar o critério da amplitude pessoal da norma, em uma *obiter dicta*<sup>1997</sup>.

O fato é que a positivação do *jus cogens* na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, bem como, o reconhecimento expresso da existência das obrigações *erga omnes*, no Caso “Barcelona Traction”, representaram grandes vitórias da visão sistêmica do Direito Internacional, devendo ser notado que elas ocorreram, ainda na fase de transição do padrão de acumulação fordista para o padrão de acumulação flexível.

A atuação da Corte Internacional de Justiça, nesse processo, em que pese sua tradicional “*jus cogens* fobia” é, até mesmo, ressaltada por Andenas<sup>1998</sup>. O autor mostra a atuação da corte internacional, no sentido da convergência do Direito Internacional e do seu fortalecimento como um sistema jurídico unitário<sup>1999</sup>.

Curiosamente, afirma Andenas que a Corte Internacional de Justiça passou a reafirmar-se como centro do sistema jurisdicional internacional, após a expansão do Direito Internacional<sup>2000</sup>, com a criação de novas cortes, o que, de certa forma, dá razão aos que defendem que a competição entre as cortes internacionais foi benéfica para a coerência do Direito Internacional<sup>2001</sup>.

É bem verdade que, como já se disse anteriormente, todos os sucessos obtidos pela visão sistêmica do Direito Internacional - em especial, a positivação do *jus cogens* internacional e o reconhecimento jurisprudencial da existência de obrigações *erga omnes* e, portanto, de uma comunidade internacional, não mais uma mera sociedade de Estados nacionais, além da institucionalização do Direito Internacional -, não permitiram se chegasse até o objetivo final de constitucionalização do Direito Internacional e formação de um ente supranacional, dotado de soberania.

vs. Ruanda, “antes tarde do que nunca”, porque o termo possui uma conotação de diferenciação da hierarquia entre normas, que o termo obrigações *erga omnes* não possui.

<sup>1997</sup> HERNÁNDEZ, Gleider. **A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of “International Community”**. Oxford: The British Yearbook of International Law, vol. 83, n.1, 2012, p. 29.

<sup>1998</sup> ANDENAS, Mads. **Reassertion and Transformation: From Fragmentation to Convergence in International Law**. Washington: Georgetown Journal of International Law, vol. 46, 2015.p. 685/734.

<sup>1999</sup> Ibid. p. 685.

<sup>2000</sup> Ibid. p. 685.

<sup>2001</sup> WORSTER, William Thomas. **Competition and Comity in the Fragmentation of International Law**. Nova Iorque: Brooklyn Journal of International Law, vol. 34, 2009. p. 121. Ressalva o autor que esses benefícios podem advir da competição entre os tribunais internacionais, “mesmo que isso não ocorra da forma unitária, como pretendem alguns”.

Inicialmente, se pensava que, com o fim da Guerra Fria, esse quadro se alteraria. Porém, a *pax americana* trouxe maior complexidade para o ambiente internacional, uma fragmentação, que atingiu todos os setores da vida.

#### 4.2.3 O Arrefecimento da Pulsão Unificadora e a Grande Decepção da *Pax Americana*

Afirmou Benvenisti que a visão do Direito Internacional como um sistema jurídico estava no auge, quando a Guerra Fria terminou, mas ela tem sido questionada e desafiada, particularmente, desde o Onze de Setembro.<sup>2002</sup> Mas, não é só a visão sistêmica do Direito Internacional, mas o próprio projeto de constitucionalizá-lo sofreu um baque.

Como explica Krisch<sup>2003</sup>, o projeto constitucionalista pós-nacional mostrou-se utópico, de modo que, vem sendo substituído por iniciativas dotadas de maiores chances de sucesso, a curto e médio prazo, como é o caso do Direito Administrativo Global<sup>2004</sup>. Também há tentativas de reformular o projeto constitucionalista<sup>2005</sup>, como faz Habermas, com a legalização da Governança Global, com processos deliberativos legitimizantes, no nível regional, servindo esse constitucionalismo como um limitador dos poderes, internacionalmente.

Como salienta Wheatley<sup>2006</sup>, o próprio Habermas experimentou uma radical mudança de posição, em 2006, abandonando o barco constitucionalista, na direção do pluralismo global.

Com efeito, como afirma Wheatley<sup>2007</sup>, Habermas descreveria, inicialmente, uma mudança do Direito Internacional – no qual, os Estados preservam a sua autoridade constitucional suprema – para o Direito Cosmopolita – que é vinculante para os Estados, a partir de um código ou constituição global. Porém - ainda que, com algum retardo, diante da realidade do padrão de acumulação flexível e seus desdobramentos jurídicos, que sepultaram os ideais de Lauterpacht e tantos outros -, Habermas escreveu, em 2006, “*Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?*”<sup>2008</sup>, no qual, observou que a emergência das redes regulatórias globais e a perda de autonomia política dos Estados. Assim,

<sup>2002</sup> BENVINISTI, Eyal. **The Conception of International Law as a Legal System**. op. cit. p. 12.

<sup>2003</sup> KRISCH, Nico. **Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.p. 57.

<sup>2004</sup> KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, R.B. **The Emergence of Global Administrative Law**. Durham: Law and Contemporary Problems, vol. 68, n. 3, 2005.p. 15/61.

<sup>2005</sup> KRISCH, Nico. **Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law**. op. cit. p. 57.

<sup>2006</sup> WHEATLEY, Steven. **The Democratic Legitimacy of International Law**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2010.p. 49/50.

<sup>2007</sup> Ibid. p. 49/50.

<sup>2008</sup> HABERMAS, Jürgen. Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance? HABERMAS, Jürgen (Org.) **The Divided West**. Malden: Polity, 2006.p. 115/210.

concluiu que a analogia doméstica (ou “federal”, como chama) não seria apropriada para descrever os sistemas da Governança Global.

Segundo Wheatley<sup>2009</sup>, Habermas teria concluído, então, que o “Estado Democrático Federal”, o “Estado Mundial de Nações” ou a “República Federal de Nações” seria o “modelo errado”. Mais ainda, que a “constituição da organização mundial” teria de ser limitada e cuidadosa, restringindo-se a funções específicas, como assegurar a paz internacional e promover as normas internacionais de direitos humanos.

Haverá maior evidência de fracasso do projeto constitucionalista do Direito Internacional, do que o próprio Habermas<sup>2010</sup> perguntar-se se esse projeto ainda teria uma chance?

Sem embargo, o artigo de Habermas fornece muitas pistas sobre como se deu a ascensão e queda do projeto constitucionalista e do Estado mundial – seja qual for o nome dado a ele.

Em seu artigo, Habermas<sup>2011</sup> lembra que, após as duas guerras mundiais, o Direito Internacional não teria se desenvolvido, apenas, como um ramo jurídico, mas, segundo as linhas pré-estabelecidas por Kant. Teria evoluído na direção de um Direito Cosmopolita e assumido uma forma institucional, em constituições, organizações e procedimentos internacionais.

Porém, segundo afirma, desde o fim da bipolaridade e o surgimento dos Estados Unidos como poder hegemônico mundial, teria emergido uma alternativa à evolução de uma constituição cosmopolita. Um mundo dominado por Estados-Nação ainda estaria em transição para a constelação pós-nacional da sociedade global, mas, os Estados estariam perdendo a sua autonomia, em parte, por conta das redes da sociedade global. Então, o projeto cosmopolita não teria de enfrentar, somente, os realistas, mas outros inimigos<sup>2012</sup>.

Sustenta Habermas<sup>2013</sup> que o projeto de uma nova ordem liberal, sob o pálio da *Pax Americana*, levanta a questão se a juridicização das relações internacionais não deveria ser superada pela moralização da política internacional, baseada na ética de um superpoder.

Alega Habermas<sup>2014</sup>, imaginou-se que o empoderamento do frouxo sistema internacional de Estados soberanos, com o surgimento de instrumentos assemelhados a

<sup>2009</sup> WHEATLEY, Steven. p. 49/50.

<sup>2010</sup> HABERMAS, Jürgen. Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance? HABERMAS, Jürgen (Org.) **The Divided West**. Malden: Polity, 2006.p. 115/210.

<sup>2011</sup> Ibid. p. 115.

<sup>2012</sup> Ibid. p. 115/116.

<sup>2013</sup> Ibid. p. 116.

<sup>2014</sup> Ibid. p. 134.

constituições, poderes executivos, situados acima do nível dos Estados-Nação complementar a proto-constituição fragmentada do Direito Internacional clássico. Mas, como esse processo permitiu alguma domesticação do poder do Estado-Nação pelo Direito, tornou-se obsoleto construir a constitucionalização do Direito Internacional, como uma simples continuação do desenvolvimento do Estado constitucional no nível global. É nesse ponto do raciocínio, que Habermas diz que o Estado mundial seria o modelo errado.

Também é nesse ponto – em especial, no breve período, entre 1989 e 1991-, que a pulsão unificadora do Direito Internacional, perdeu força novamente, de tal modo, que o Estado mundial e o projeto constitucionalista passam a ceder o seu lugar para uma espécie de sucedâneo fragmentado, que são o pluralismo jurídico, a governança global multinível, os regimes autônomos e outras novidades.

Acerca do embate entre constitucionalismo e pluralismo, Krisch esclarece, em uma réplica a Alec Stone Sweet<sup>2015</sup>, que, de fato, quase todos hoje são pluralistas atualmente, de modo que a maior disputa ideológica se dá, mesmo, dentre as diversas correntes pluralistas. Porém, o constitucionalismo ainda teria algum apelo, porque prometeria que ainda haveria “algum sistema nessa loucura”, além de prover um “centro de autoridade”.

Assim, apesar da queda do projeto constitucionalista e do sucesso das alternativas pluralistas, Krisch<sup>2016</sup> defende que, ainda hoje, protagonistas centrais da constitucionalização do Direito Internacional, como no caso da Constituição Europeia, ainda têm como chaves os conceitos de unidade e centralização.

*Data venia*, no estágio atual da União Europeia, ela deixa de ser um tema de estudo do Direito Internacional, em suas relações internas, por conta de já se haver tornado em uma espécie envergonhada de Estado federal, ainda sem se chamar assim. Dessa forma, a menção aos constitucionalistas da União Europeia não é válida, para provar que o Direito Internacional ainda estaria sendo muito influenciado, nos dias de hoje, pelo projeto constitucionalista. Tais “protagonistas centrais” são, na realidade, pais fundadores de um novo Estado federal soberano, fortemente centralizado, dada a atual repartição de atribuições entre os Estados-membros e a União<sup>2017</sup>.

---

<sup>2015</sup> KRISCH, Nico. **Constitutionalism and Pluralism: A Reply to Alec Stone Sweet**. Oxford: International Journal of Constitutional Law, vol. 11, n. 2, 2013.p. 501/505.

<sup>2016</sup> Ibid. p. 502.

<sup>2017</sup> A propósito, o Brexit não muda em nada esse quadro. O Reino Unido pensa ter condições de empreender uma secessão desse Estado federal "envergonhado", retomando os feixes de poderes cedidos, algo que somente o tempo dirá, se é real.

A resposta de Krisch refere-se a um instigante artigo de Sweet<sup>2018</sup>, que se pergunta se o emprego do conceito de “constituição” ainda faz sentido, quando da análise do Direito Internacional Público ou regimes especializados internacionais.

Sweet<sup>2019</sup> inicia o seu raciocínio, dizendo que a constituição é “um corpo de meta-normas, regras e princípios de ordem superior, que especificam como as demais normas são produzidas, aplicadas, cumpridas e interpretadas”. Confessadamente, Sweet parte do conceito de normas secundárias, de Hart, que serão detalhadas na crítica ao projeto constitucionalista. Afirma, porém, não ser tão fácil conceituar “constitucionalismo”. Segundo Sweet<sup>2020</sup>, o constitucionalismo seria um compromisso de uma comunidade de governar-se a si mesmo, em conformidade com as ditas meta-normas. Partindo de tais definições, Sweet<sup>2021</sup> afirma que o pluralismo jurídico não é incompatível com o constitucionalismo, tanto que enumera duas situações onde se pode utilizar a expressão “pluralismo constitucional”.

Na primeira situação, destaca algumas ilhas de hierarquia e constitucionalização, como a Organização Mundial do Comércio e a União Europeia. A incrível complexidade e quantidade de normas e formas de governança internacional e a natureza transnacional de muitos problemas significa que essas ordens entram em contato entre si e com ordens constitucionais nacionais, de vez em quando. Tal interação entre essas ordens autônomas irá, segundo o doutrinador, determinar parcialmente como o sistema, como um todo, irá desenvolver-se<sup>2022</sup>.

A segunda situação, que permite conceituar o pluralismo constitucional começa, segundo Sweet<sup>2023</sup>, com a descrição do que é constitucional, antes de descrever o que é pluralista. Os constitucionalistas referem-se a um corpo de normas superiores, de normas jurídicas internacionais, que constituem meta-normas, como as normas *jus cogens*, direitos fundamentais e garantias relacionadas ao devido processo legal e ao acesso à justiça. Nesse bojo, acham-se “discretas hierarquias”, tanto no direito interno, quanto naquele derivado de tratados e convenções internacionais. Tais sistemas dialogam, com base no *status* hierárquico superior.

---

<sup>2018</sup> SWEET, Alec Stone. **Constitutionalism, Legal Pluralism and International Regimes**. Bloomington: Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 16, assunto n. 2, artigo n. 11, 2009.p. 621.

<sup>2019</sup> Ibid. p. 626.

<sup>2020</sup> Ibid. p. 628.

<sup>2021</sup> Ibid. p. 632.

<sup>2022</sup> Ibid. p. 632.

<sup>2023</sup> Ibid. p. 632.



As duas formas citadas por Sweet <sup>2024</sup> não seriam mutuamente exclusivas e coexistiriam na ordem internacional, segundo afirma. Assim, o constitucionalismo fundacional – referido pelos internacionalistas do período entre-guerras e seus sucessores – foi sendo substituído por um constitucionalismo pluralista, mais à feição do Direito Internacional do período de hegemonia do padrão de acumulação flexível.

Porém, a visão de um sistema jurídico internacional, dotado de uma constituição e de uma institucionalização, na forma de um Estado mundial, antes mesmo da mudança econômica, já vinha sendo objeto de críticas, das mais variadas matizes.

### 4.3 Críticas ao Projeto Constitucionalista

O que se denomina de “críticas ao projeto constitucionalista” inclui críticas à natureza jurídica do Direito Internacional, ao seu alegado caráter sistêmico e aquelas relacionadas à tensão entre a soberania dos Estados e os interesses da sociedade internacional. Em uma sequência histórica aproximada, destaca-se a crítica realista, a crítica de Hart e as relacionadas à manutenção do *status quo* das relações internacionais, após o surgimento da hegemonia norte-americana, especialmente, após a mudança do modelo de acumulação.

#### 4.3.1 A Crítica dos Realistas

A crítica realista ao Direito Internacional, ou seja, à juridicização das relações internacionais tem seu maior expoente em Morgenthau. Ele vê o Direito Internacional como uma forma de limitação do poder nacional <sup>2025</sup>. Para iniciar, Morgenthau afirma que seria contra a verdade dos fatos dizer que ele existe, como sistema regulatório, possuindo normas de cunho obrigatório <sup>2026</sup>.

Morgenthau diz que a "opinião pública internacional" se engana com algumas normas – como o Pacto Briand-Kellog, o Pacto da Liga das Nações ou a Carta das Nações Unidas -, que não são típicos, em relação às regras tradicionais de Direito Internacional, mas atraem mais atenção, apesar de serem de eficácia e validade duvidosa <sup>2027</sup>.

Ainda que se admita a sua existência como norma jurídica, afirma, ela seria ineficaz – e, aliás, ainda o é -, para regular e delimitar a luta pelo poder, no cenário internacional. <sup>2028</sup>

O que disse Morgenthau, em tempos idos, ainda é totalmente válido. Isso pode ser visto pelo aumento da quantidade de conflitos, internos e externos, bem como, pela assimetria

---

<sup>2024</sup> Ibid. p. 633.

<sup>2025</sup> MORGENTHAU, Hans Joachim. **La Política entre las Naciones. La Lucha por El Poder y La Paz**. op. cit. p. 505.

<sup>2026</sup> Ibid. p. 508.

<sup>2027</sup> Ibid. p. 509. Interessante notar que o mesmo doutrinador é famoso por negar a existência dessa "opinião pública internacional".

<sup>2028</sup> Ibid. p. 509.

de poder entre os Estados – inclusive, com relação ao *status* pretensamente jurídico, atribuído pelas normas da Organização das Nações Unidas, como ocorre com a composição de seu Conselho de Segurança – e da forma diferenciada como são tratados pelas instituições internacionais, dependendo de seu poder militar, econômico e político.

A razão de estado de coisas, segundo Morgenthau<sup>2029</sup> – e, nesse ponto, defende um ponto de vista bastante similar ao de Hart -, ao fato do Direito Internacional ser um direito “primitivo”, como o dos aborígenes australianos, porque a sanção é completamente descentralizada, o que decorre da própria estrutura descentralizada da sociedade internacional.

Diz Morgenthau<sup>2030</sup> que as normas de Direito Internacional somente podem existir, se houver comunhão de interesses entre os Estados soberanos e equilíbrio de poder, entre eles. Caso essas duas condições não existam – como ocorre, agora, durante a *Pax Americana*, em que há uma hegemonia nítida de um dos Estados nacionais -, não pode haver Direito Internacional.

Será mera coincidência o fato do projeto constitucionalista ter tido um retrocesso, justamente, quando se achava que o Estado mundial e a sua correspondente constituição, seriam mais facilmente implantados, após o fim da bipolaridade? Alega Morgenthau<sup>2031</sup>, que a condição de equilíbrio de poder, para existência do Direito Internacional, é reconhecida pelo próprio Oppenheim, o que se mostra essencialmente correto.

Além disso, as normas de Direito Internacional dependem de consenso dos Estados, pela via dos tratados – acrescenta-se pelo reconhecimento da existência do costume, o que não é referido pelo autor -, da mesma forma que são eles, os Estados, que possuem autoridade suprema, para interpretar tais normas<sup>2032</sup>.

Morgenthau<sup>2033</sup> também destaca o problema da ausência de caráter vinculante de tais normas. Dá o exemplo do Pacto Briand-Kellog e de vários outros instrumentos internacionais, que foram sistematicamente violados. Pergunta, então, se uma norma que não possui qualquer eficácia social pode ser considerada como possuidora de força compulsória.

Outro ponto falho do Direito Internacional, em sua opinião – que remanesce sendo um problema, até os dias de hoje, como se vê do exemplo do Caso MOX -, é a ausência de uma

---

<sup>2029</sup> Ibid. p. 509.

<sup>2030</sup> Ibid. p. 510.

<sup>2031</sup> Ibid. p. 510.

<sup>2032</sup> Ibid. p. 516/518.

<sup>2033</sup> Ibid. p. 519/520.

jurisdição compulsória, de uma hierarquia entre decisões judiciais e de formação de precedentes vinculantes, na esfera internacional<sup>2034</sup>.

Um ponto destacado por Morgenthau<sup>2035</sup>, que é bastante relevante e atual, para a presente tese, é que a ausência de um sistema de precedentes judiciais - em que pese a maior centralização gerada pela criação de cortes permanentes, como a Corte Permanente de Justiça Internacional e a Corte Internacional de Justiça -; bem como, o fato da Corte Internacional de Justiça ser a única com jurisdição universal, mas, não ter qualquer relação com as demais instâncias julgadoras existentes, sem uma proeminência hierárquica em relação a elas; permite que as outras cortes produzam decisões, sem a preocupação de harmonização com as decisões da Corte Internacional de Justiça, o que provoca o que atualmente se chama de fragmentação do Direito Internacional, no que se refere à sua interpretação e aplicação.

Por todos esses elementos, o Direito Internacional acha-se excessivamente descentralizado, não existindo um “sistema” (sic) “mais primitivo e fraco de cumprimento de lei do que este”, porque a implementação de suas normas depende “das vicissitudes da distribuição do poder”. De fato, um Estado mais poderoso, que viole o Direito Internacional, vai ser sancionado, de maneira descentralizada, pelo mais fraco? De que forma?<sup>2036</sup>

Muito embora, na maior parte dos casos, realmente, haja um cumprimento voluntário das normas de Direito Internacional, segundo Morgenthau, isso somente ocorre porque há interesses dos Estados, que estão sendo atendidos, como é o caso da proteção diplomática, porque há uma reciprocidade.<sup>2037</sup>

Conclui Morgenthau<sup>2038</sup>, afirmando que, em todas as tentativas de se obter maior centralização no Direito Internacional, as “reservas, restrições e condições políticas gerais conseguiram anular as obrigações acordadas”, de modo que, as “atividades de implementação compulsória” continuam tão descentralizadas na Carta das Nações Unidas, quanto o eram no Pacto da Liga das Nações.

Por mais que todo o internacionalista possua o viés protetivo, não há como negar que todos os itens da crítica de Morgenthau, apesar de sua antiguidade, continuam sendo muito atuais e relevantes. Não há crescimento exponencial dos tratados e convenções internacionais; descoberta tardia da existência de *jus cogens*, obrigações *erga omnes* ou crimes internacionais; maior institucionalização do Direito Internacional; que haja superado as

---

<sup>2034</sup> Ibid. p. 523.

<sup>2035</sup> Ibid. p. 534/537.

<sup>2036</sup> Ibid. p. 539.

<sup>2037</sup> Ibid. p. 539/540.

<sup>2038</sup> Ibid. p. 565.

críticas, no tocante à ausência de sanção centralizada eficaz e de compulsoriedade das normas e da jurisdição, para todos os Estados nacionais soberanos.

Outro tipo de crítica à visão sistêmica do Direito Internacional e, mesmo, sobre a sua existência, é feita por Hart, devendo ela ser destacada, por conta do peso da opinião do referido jusfilósofo e do debate que ela suscitou.

#### 4.3.2 A Crítica de Hart à Autonomia do Direito Internacional

No início da década de sessenta, Hart formulou algumas críticas à visão do Direito Internacional como um sistema e como um Direito, como se vê das obras de Kelsen ou Lauterpacht, por exemplo.

Inicia as suas observações, dizendo que, apesar da união das regras primárias e secundárias constituir, no seu entender, uma condição suficiente para se aplicar a expressão “sistema jurídico”, não é um meio de se definir “Direito”, por isso, Hart nomeia o seu famoso livro como “O Conceito de Direito”, não de “definição”, como explica.<sup>2039</sup>

É bem verdade que a maneira pela qual Hart distingue regras primárias e secundárias não é algo totalmente aceito, na Filosofia do Direito, havendo quem afirme que regras secundárias também criam obrigações, apenas para exemplificar.<sup>2040</sup>

Qual a dúvida, então, sobre o Direito Internacional? Segundo Hart, apesar do uso da expressão “direito” em seu *nomen juris*, por mais de um século, não há um Poder Legislativo internacional, não há tribunais com jurisdição obrigatória e sanções centralmente organizadas<sup>2041</sup>. Trata-se de uma situação que remanesce, até os dias de hoje, de modo que, a crítica feita por Hart, em que pese toda a institucionalização do Direito Internacional, ainda é bastante atual.

Segundo Hart, a ausência de tais instituições significaria que as regras aplicáveis aos Estados seriam bastante similares àquelas das sociedades mais primitivas, nas quais, somente há regras primárias de obrigação. Diz ele que o Direito Internacional não tem regras secundárias de alteração e de julgamento, aptas a criar um Poder Legislativo e um Poder Judiciário. Mais ainda, faltaria uma regra de reconhecimento unificadora, que pudesse especificar as fontes de Direito e estabelecesse critérios gerais de identificação de suas regras<sup>2042</sup>. Por conta dessas ausências, é que se perguntaria se o Direito Internacional seria, de fato, um Direito. Segundo a opinião de Hart, a ausência de regras secundárias e da hierarquia

<sup>2039</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. op. cit. p. 229.

<sup>2040</sup> GERARD, Philippe; KERCHOVE, Michel van de. **La Réception de l’Oeuvre de H.L.A.Hart dans La Pensée Juridique Francophone**. Bruxelas: Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques, vol. 59, 2007/2..p. 39.

<sup>2041</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. op. cit. p. 230.

<sup>2042</sup> Ibid. p. 230.

de normas, faria com que o conjunto de normas de Direito Internacional não pudesse ser chamado de “sistema”.<sup>2043</sup>

A primeira parte da crítica de Hart, então, que trata das obrigações e sanções, no Direito Internacional, se inicia com uma crítica à forma como se faz a pergunta sobre a eventual capacidade de vinculação do Direito Internacional, como um todo, nos manuais da matéria. Entende Hart que a pergunta deve ser refeita, não mais, de uma forma genérica, abrangendo todo o ramo, mas se “regras como essas podem dar origem a obrigações”.<sup>2044</sup>

Como não existem sanções centralmente organizadas, como existem no direito interno, tem-se que, se torna difícil afirmar que as regras desse “Direito” Internacional possam ser tidas como vinculantes. A crítica tem bastante fundamento, porque, embora as sanções internacionais possam ser bastante eficazes e coordenadas pela Organização das Nações Unidas – e, nesse sentido, sendo “centralizadas” -, como ocorre com os embargos econômicos, por exemplo -, elas não são generalizadas, porque só podem atingir membros da comunidade internacional, que não tenham poder de veto<sup>2045</sup> no Conselho de Segurança das Nações Unidas ou, por algum deles, sejam apadrinhados. Enquanto não houver uma reforma no Conselho de Segurança das Nações Unidas, que estabeleça o fim dessas assimetrias, não como afirmar que as regras de Direito Internacional podem, efetivamente, dar origem a obrigações a todos os membros da comunidade internacional, independentemente do consentimento dos próprios Estados.

Fazendo um contraponto ao dito por Kelsen, não basta que a comunidade internacional “tercerize” o poder sancionatório, porque as atitudes unilaterais serão tomadas pelos Estados que possuem poder militar, político e econômico, contra aqueles que não o possuem, somente, como ainda ocorre hoje no Direito Internacional.

Não se pode chamar esse conjunto de regras primárias de “Direito”, caso não exista uma forma de obrigar todos os Estados ao cumprimento das mesmas, independentemente de seu consentimento.

Prossegue Hart distinguindo o Direito Internacional do direito interno, no que se refere ao aspecto da soberania, uma vez que, no direito interno, a pergunta a ser feita é “qual a extensão da autoridade legislativa suprema, reconhecida neste sistema?”, enquanto no Direito Internacional, é “qual é a zona máxima de autonomia, que as regras permitem aos

---

<sup>2043</sup> LA TORRE, Massimo. **Le Modéle Hiérarchique et Le Concept de Droit de Hart**. Kranj: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, vol. 21, 2003. p. 136.

<sup>2044</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. op. cit. p. 232/233.

<sup>2045</sup> Ibid. p. 233. Exatamente por conta desse poder de veto e pelo acontecido na Coréia e em Suez, Hart afirma que o Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas, não teria introduzido sanções, que pudessem ser equiparadas às sanções do direito interno.

Estados?”<sup>2046</sup> Tais regras, obrigações auto-impostas, que não podem gerar um “estatuto obrigatório de uma obrigação auto-imposta de lhes obedecer”<sup>2047</sup>

Outra crítica de Hart a Kelsen, especificamente, é a de que, ao contrário do afirmado, o Direito Internacional não possui uma regra de reconhecimento – o que Kelsen chama de “*Grundnorm*” -, por referência à qual, se afere a validade de todas as regras do sistema, o que, aliás, faz com que façam parte de um mesmo sistema.<sup>2048</sup> Hart entende que o Direito Internacional é “um conjunto de regras primárias de obrigação separadas, que não estão unidas” por uma regra de reconhecimento<sup>2049</sup>.

Observa Hart, que uma das candidatas a tornar-se regra de reconhecimento, o princípio *pacta sunt servanda*, já teria sido abandonada pela maior parte dos teorizadores, porque, na origem das regras de Direito Internacional, nem todas elas possuem origem em pactos. Então, partiu-se para a regra de que “os Estados devem comportar-se como se comportam costumeiramente”.<sup>2050</sup>

Em momento seguinte, sem criticar, inicialmente<sup>2051</sup>, essa suposta regra fundamental, Hart afirma que essa norma não existe e não seria necessário que essa norma fundamental existisse, para que existissem normas vinculantes. Na realidade, isso seria um luxo, porque só ocorreria em “sistemas sociais avançados”, nos quais, os membros estariam vinculados a aceitar categorias gerais de regras, delimitadas por critérios gerais de validade, *a priori*. A diferença entre um sistema social mais simples e o avançado é que, no primeiro, é preciso aguardar, para saber se a regra é aceita como válida ou não, enquanto, no segundo, onde há regra fundamental de reconhecimento, pode-se afirmar, mesmo antes dela ser elaborada, que somente será válida, caso esteja em conformidade com a regra de reconhecimento.<sup>2052</sup>

Segundo Dupuy<sup>2053</sup>, a importância da concepção hartiana de ordem jurídica está no fato dele haver logrado reconciliar as duas dimensões, cronológica e hierárquica, ao estabelecer a sua distinção entre normas primárias e secundárias, a qual remonta a Jellinek. Na sua distinção, o que é primário, temporalmente, também o é em importância. Segundo

---

<sup>2046</sup> Ibid. p. 240.

<sup>2047</sup> Ibid. p. 241.

<sup>2048</sup> Ibid. p. 249.

<sup>2049</sup> Ibid. p. 249.

<sup>2050</sup> Ibid. p. 250.

<sup>2051</sup> Ibid. p. 252. Posteriormente, diz que a regra de reconhecimento, agora proposta para o Direito Internacional, na realidade, significa que “aqueles que aceitam certas regras, devem também observar uma regra, exprimindo que as regras devem ser observadas”. Ou seja, mais uma tautologia.

<sup>2052</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. op. cit. p. 251.

<sup>2053</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *L'Unité de l'Ordre Juridique International. Cours Général*. op. cit. p.74.

Dupuy<sup>2054</sup>, para Hart, no início, existem as normas primárias, as que comportam ordens ou prescrições. Em um segundo momento, vêm as normas secundárias, que não criam qualquer obrigação, mas atribuem poderes. O sentido de “secundária” é que tal norma é subsidiária, em relação às normas primárias.

A opinião dos internacionalistas sobre a crítica de Hart, como se dá com Dupuy, é a de que revelam certa falta de conhecimento do conteúdo do Direito Internacional – como, de resto, ocorreria com a maior parte dos negadores do Direito Internacional, tendo Dupuy citado Raymond Aron. Dupuy chega a dizer que o último capítulo dessa obra de Hart, exatamente o que trata do Direito Internacional, é o mais fraco<sup>2055</sup>.

Dupuy diz que Hart nem sequer menciona a existência de um rico sistema de regras secundárias de produção, em especial, no Direito dos Tratados, bem como, de normas de adjudicação ou julgamento, como no caso da Responsabilidade Internacional. Da mesma forma, quando Hart afirma que não existe um sistema de sanções centralizadas, “*vis-à-vis*” o Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas.<sup>2056</sup>

Ora, não há como negar que as normas secundárias existem e possuem algum grau de desenvolvimento, em alguns campos do Direito Internacional, o que não chega a negar o argumento principal dos críticos do Direito Internacional, porque até a existência das regras secundárias não é generalizada, constituindo mais uma exceção, do que uma regra. Igualmente, as mesmas observações feitas pelos negacionistas, oriundos das Relações Internacionais, para a ausência de sanções centralizadas no Direito Internacional, que são repetidas por Hart, não são negadas pela existência do Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas. As sanções não são generalizadas, estando totalmente abrigados desse sistema de sanções, os detentores do poder de veto, no Conselho de Segurança das Nações Unidas, bem como, os seus apadrinhados de ocasião. De que adianta o Direito Internacional possuir um sistema centralizado de sanções, que não é generalizável?

Dupuy afirma perdoar, de boa vontade, um bom autor, por haver compreendido mal uma disciplina que desconhece<sup>2057</sup>. Porém, a crítica de Hart não é assim tão inocente. Algo que pode ser deduzido, a partir da celeuma que causou.

D’Aspremont<sup>2058</sup>, por exemplo, entende que o Direito Internacional atual possui normas de reconhecimento, mudança e adjudicação, de modo que, nos dias de hoje, não

---

<sup>2054</sup> Ibid. p. 74.

<sup>2055</sup> Ibid. p. 76.

<sup>2056</sup> Ibid. p. 76.

<sup>2057</sup> Ibid. p. 77.

haveria como negar, segundo os critérios hartianos, a natureza de sistema jurídico ao Direito Internacional. Prossegue, afirmando que acha surpreendente Hart não haja retificado a sua posição, quando redigiu o seu *post scriptum*, após receber as primeiras críticas ao seu trabalho, que D'Aspremont qualifica como merecedora de figurar no panteão dos clássicos do Direito Internacional<sup>2059</sup>.

D'Aspremont<sup>2060</sup> também afirma que a divisão das normas em primárias e secundárias, em que pese a sua artificialidade, chegou a ser adotada, mediante reservas, por Ago, quando relator da Comissão de Direito Internacional, no campo da Responsabilidade Internacional. Porém, a primazia referida por Hart é uma primazia apenas funcional, o que não é o caso, por exemplo, do *jus cogens*, que possui uma primazia material, ou da norma posterior, que possui uma primazia temporal, sobre as anteriores. Afirma que não foi apenas Hart quem distinguiu entre regras primárias e secundárias, tendo essa distinção sido utilizada por Austin, Jhering e outros, de modo que, não é pelo seu uso que a sua obra se torna tão central no Direito Internacional. No entender de D'Aspremont o mérito da obra de Hart é permitir uma síntese do Direito Internacional com a teoria do direito natural, ao afirmar que a regra de reconhecimento pode levar à rejeição da validade de uma norma, que contrarie valores morais relevantes<sup>2061</sup>.

Observando criticamente o artigo de D'Aspremont, nota-se que ele não dá um único exemplo de norma secundária de reconhecimento, de alteração ou de adjudicação, no Direito Internacional, apesar de afirmar que, atualmente, elas existem em grande número. Não basta que elas existam, como ilhas, em campos determinados, mas é necessário, segundo o critério de Hart, que tenham um caráter geral, para dar um caráter sistêmico a todo o campo.

Payandeh<sup>2062</sup>, por outro lado, afirma que Hart não explica a razão pela qual realiza a analogia doméstica, onde compara a estrutura do direito interno com aquela do Direito Internacional, já que são realidades distintas; afirma que a análise do direito interno é incompleta, porque a sua ênfase é no Direito Penal e no Direito Privado, pouco analisando o Direito Administrativo ou o Direito Constitucional, de modo que ele indaga se haveria tanta diferença entre o Direito Internacional, se a comparação fosse feita com tais campos<sup>2063</sup>;

---

<sup>2058</sup> D'ASPROMONT, Jean. **Hart et Le Positivisme Postmoderne em Droit International**. Paris: Revue Générale de Droit International Publique, vol. 3, 2009.p. 2.

<sup>2059</sup> Ibid. p. 2.

<sup>2060</sup> Ibid. p. 4.

<sup>2061</sup> Ibid. p. 5.

<sup>2062</sup> PAYANDEH, Mehrdad. **The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A.Hart**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 21, n. 4, 2011.p. 980.

<sup>2063</sup> Ibid. p. 980.



também afirma que, se a maior distinção entre uma ordem social moderna e uma primitiva é a capacidade de resolver os problemas de incerteza, do caráter estático das regras sociais e da ineficiência do sistema em obrigar ao cumprimento das normas, então, não há qualquer razão para que a ordem internacional se pareça com a ordem interna na forma<sup>2064</sup>; e que, atualmente, no século XXI, a ordem jurídica internacional possuiria estruturas legislativas, adjudicatórias e sancionatórias, que a distinguem de um sistema social primitivo<sup>2065</sup>.

Por outro lado, Lesser<sup>2066</sup> afirma que Hart utiliza um conceito de soberania que é falso, porque os Estados se auto-limitam, porque lhes interessa. Diz que, então, para a maior parte dos Estados, é mais interessante não ser soberano, do que ser, porque os tratados lhe beneficiam e eles os limitam.

Além disso, segundo o seu entender, os Estados podem ser obrigados a cumprir normas de Direito Internacional, mesmo sem ter se comprometido, mediante um tratado. Para provar o seu ponto, Lesser utiliza exemplos do próprio Hart. Um primeiro exemplo é o caso do novo Estado, que nasce tendo de cumprir determinadas obrigações internacionais. Um segundo exemplo, é o do Estado que muda a sua forma, como ocorre, por exemplo, com um Estado interior, que adquire um território no litoral e passa a estar vinculado a uma série de instrumentos internacionais, relativos a Direito do Mar<sup>2067</sup>.

Lesser<sup>2068</sup> afirma, ainda, que as normas secundárias existem no Direito Internacional. O problema é que elas nem sempre são claras ou efetivas. Por exemplo, o artigo 38.1 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional é uma norma secundária de reconhecimento, de modo que esse tipo de norma existe, apenas apresenta dificuldades para que algumas de suas cláusulas sejam aplicadas com precisão, como é o caso da fonte do Direito Internacional, denominada “padrões globalmente aceitos de comportamento”.

Argumenta, por fim, que é verdadeira a crítica sobre a falta de mecanismos centralizados, que obriguem os Estados a cumprir o Direito Internacional, mas afirma que há, entre essa realidade e a situação hobbesiana descrita por Hart, uma enorme distância<sup>2069</sup>.

Evidentemente, o maior debate sobre a obra de Hart deu-se com Dworkin, mas, para os fins da presente tese, a discussão em questão não é tão central. De qualquer modo, a crítica

---

<sup>2064</sup> Ibid. p. 981.

<sup>2065</sup> Ibid. p. 981.

<sup>2066</sup> LESSER, Anthony H. **H.L.A.Hart on International Law**. Washington: Kritikos, vol. 11, abril/setembro/2014.p. 5.

<sup>2067</sup> Ibid. p.7.

<sup>2068</sup> Ibid. p.11.

<sup>2069</sup> Ibid. p.14.

de Hart, ao caráter jurídico do Direito Internacional, causou impacto profundo e gerou repercussões.

Ainda que se possa alegar que as críticas dos realistas e dos positivistas moderados não correspondem à realidade do Direito Internacional contemporâneo, o que é bastante óbvio. O fato é que, na essencialidade, com todo o desenvolvimento ulterior do ramo, ainda se discute sobre o seu caráter sistemático ou sobre a quebra dele, o que não ocorre no direito interno. Isso deve significar algo.

#### 4.3.3 - A Resistência do Poder Hegemônico à Burocracia Transnacional e ao Estado Mundial

As críticas mais atuais ao Direito Internacional provêm de um grupo denominado "neorealista"<sup>207020712072</sup>, relacionando-se à afirmação da desnecessidade e ineficácia do Direito Internacional. As principais teses neorealistas foram expressas por Waltz, consistindo na visão de um quadro anárquico na esfera internacional<sup>2073</sup>; onde, em função de sua estrutura, similar à do mercado, deveria imperar uma diferenciação funcional<sup>2074</sup>; porém, do ponto de vista distributivo, há diferenças de riqueza, que podem interferir na realização dos objetivos desses Estados, o que é chamado de "difusão das capacidades"<sup>2075</sup>.

Os pontos de vista de Waltz levam a uma teoria sistêmica<sup>2076</sup> das Relações Internacionais, com três princípios ordenadores fundamentais<sup>2077</sup>: ordenação, diferenciação e distribuição. No primeiro, fala-se em "ordenação", porque, mesmo na anarquia da esfera internacional, aparece uma certa forma de "ordem", uma relativa hierarquia entre os Estados, com base em seu poder. O segundo princípio<sup>2078</sup>, por sua vez, diz respeito à especificação das funções dos entes estatais, porque, independentemente de seu poder, tendem a funcionar de modo semelhante. Por fim, o terceiro princípio, da distribuição<sup>2079</sup>, que menciona a realidade

<sup>2070</sup> KEOHANE, Robert O (Org.). **Neorealism and its Critics**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1986.p. 1/345.

<sup>2071</sup> LEGRO, Jeffrey W.; MORAVCSIK, Andrew. **Is Anybody Still a Realist?** Cambridge(MA): International Security, vol. 24, n. 2, outono/1999.p. 5/55.

<sup>2072</sup> WALTZ, Kenneth. **Neorealism: Confusions and Criticisms**. In [http://archive.helvidius.org/2004/2004\\_Waltz.pdf](http://archive.helvidius.org/2004/2004_Waltz.pdf). Acesso em 03/11/2016. 16:27 h. p. 1/6.

<sup>2073</sup> WALTZ, Kenneth. **Anarchic Orders and Balances of Power**. KEOHANE, Robert O (Org.). **Neorealism and its Critics**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1986.p. 99/130.

<sup>2074</sup> RUGGIE, John Gerard. **Continuity and Transformation in the World Polity: Toward a Neorealist Synthesis**. KEOHANE, Robert O (Org.). **Neorealism and its Critics**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1986.p. 135.

<sup>2075</sup> Ibid. p. 135.

<sup>2076</sup> WALTZ, Kenneth. **Reductionist and Systemic Theories**. KEOHANE, Robert O (Org.). **Neorealism and its Critics**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1986.p. 60.

<sup>2077</sup> Ibid. p. 81. O autor destaca a ironia de falar-se em ordenação na anarquia...

<sup>2078</sup> Ibid. p. 87.

<sup>2079</sup> Ibid. p. 92.

de, apesar de todos os Estados terem as mesmas funções, as suas capacidades de desempenhá-las são diversas.

Ora, o surgimento de um Realismo "Científico" propiciou o ambiente teórico para o crescimento de resistências à criação de entes transnacionais e de sua respectiva burocracia, além de afirmações sobre a inutilidade e ineficácia do Direito Internacional, em especial, na potência hegemônica. Tudo isso fica bastante mais evidente após o Onze de Setembro, porém, tem o seu início formalizado, anos antes, por ocasião da Guerra do Golfo, com o famoso discurso de Bush<sup>2080</sup>, que iniciou uma era de franco unilateralismo.

No referido discurso, o presidente norte-americano justifica a intervenção no Golfo Pérsico, em defesa da monarquia kuwaitiana, em bases morais e da chamada "religião civil", na mesma linha do "destino manifesto", falando em missão, dever e justiça, o que Coles<sup>2081</sup> reputou ser útil, para angariar simpatias, na defesa de interesses pragmáticos, como rotas de suprimento de petróleo. A América deveria ser a "bússola moral" do globo<sup>2082</sup>, ainda que, contrariando a diretriz da suposta ordem jurídica internacional, do pós-guerra, de vedação à guerra.

Com efeito, como salienta Johnstone<sup>2083</sup>, muito embora, os Estados Unidos tenham sido os principais responsáveis pela tentativa de criação de uma ordem normativa e institucional internacional - que se corporifica na Organização das Nações Unidas -, no pós-guerra, também é o principal responsável pela sua "remodelação", ao final da Guerra Fria, tendo a sua ação militar contra o Iraque, na Guerra do Golfo causado dano irreparável a essa suposta "ordem".

Segundo a opinião de Johnstone<sup>2084</sup>, a Organização das Nações Unidas evidencia uma barganha institucional precária entre os Estados Unidos e o resto do mundo, que se baseia em uma visão de "ordem mundial" distintivamente norte-americana. Se, por um lado, a Organização das Nações Unidas teria sido útil para criar um clima favorável, entre seus membros, para a projeção do "*soft power*" norte-americano, por outro lado, as "abordagens inovadoras" acerca da paz e segurança mundiais, apoiadas pela potência hegemônica, teria afetado esse clima.

---

<sup>2080</sup> COLES, Roberta. **Manifest Destiny Adapted of 1990's War Discourse: Mission and Destiny Interwined**. Milwaukee: Sociology of Religion, vol. 63, n. 4, inverno/2002. p. 403/426.

<sup>2081</sup> Ibid. p. 404.

<sup>2082</sup> Ibid. p. 414.

<sup>2083</sup> JOHNSTONE, Ian. **US-UN Relations after Iraq: The End of the World (Order) As We Know It?** Fiesole: European Journal of International Law, vol. 15, n. 4, 2004. p. 813.

<sup>2084</sup> Ibid. p. 813.

Sem embargo, Johnstone destaca a mudança de entendimento do Conselho de Segurança sobre o que seria uma "ameaça à paz e à segurança mundial", precisamente, durante a Guerra do Golfo, que teria levado à Resolução 688 do referido ente, no qual, se declarou que a fuga de refugiados, que teria sido causada pela repressão a minorias no Iraque, seria uma ameaça à paz internacional, com o intuito de se autorizar uma invasão armada aquele país, nos termos do Capítulo VII, da Carta da Organização das Nações Unidas<sup>2085</sup> - disposição legal, que acabou por não ser utilizada, a final.

Posteriormente, com o Onze de Setembro, o elastério dado pelas normas internacionais ao uso legítimo da força foi bastante ampliado, por atos como as Resoluções 1368 e 1373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que se referem ao "direito inerente de auto-defesa individual e coletiva"<sup>2086</sup>, apesar do ataque armado ao Afeganistão, por exemplo, um Estado soberano e membro da Organização das Nações Unidas, não guardar uma relação imediata e óbvia<sup>2087</sup> com os alegados terroristas e sua suposta organização "*Al Qaeda*", que teriam hipoteticamente atacado a potência hegemônica.

Ainda assim, em que pese, todo o esforço da burocracia internacional de contemporizar as aspirações norte-americanas com o Direito Internacional e os interesses do resto do mundo, após a Guerra Fria, a sua própria utilidade e eficácia é abertamente questionada<sup>2088</sup>, da mesma forma que se faz com o Direito Internacional.

Gardiner<sup>2089</sup>, por exemplo, chama a atenção para a crítica do Embaixador norte-americano nas Nações Unidas, John Bolton, feita em 2006, no sentido de que a organização internacional adotaria "práticas, atitudes e abordagens já abandonadas há uns trinta anos no resto do mundo". Ele não apenas concorda com a crítica, como acrescenta que há corrupção, ineficiência da organização internacional em prevenir desastres humanitários, dentre outros aspectos.

Um ponto interessante da crítica é o de que haveria um mito de que a organização internacional seria utilizada para projetar o poder norte-americano - como falado por Johnstone, logo acima -, porque, na realidade, o poder norte-americano seria limitado, sendo a organização utilizada como um veículo multilateral para conter o "superpoder norte-

---

<sup>2085</sup> Ibid. p. 821.

<sup>2086</sup> Ibid. p. 821.

<sup>2087</sup> CASSESE, Antonio. **Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 12, 2001. p. 996/997.

<sup>2088</sup> GARDINER, Nile. **The Decline and Fall of the United Nations: Why the U.N. Has Failed and How It Can Be Reformed**. St. Paul: Macalester International, vol. 19, 2007, p. 34/60.

<sup>2089</sup> Ibid. p. 35.

americano", pelos seus "competidores estratégicos", como seria o caso da Rússia, da China, da Índia e da França<sup>2090</sup>.

Ainda assim, os Estados Unidos seriam o principal financiador da organização internacional, de modo que, sem eles, ela seria muito enfraquecida, em termos financeiros, políticos e estratégicos. Da mesma forma, sem a "presença do grande poder mundial" a ONU seria um corpo impotente, ilegítimo, inseguro financeiramente, destinada a seguir o mesmo malfadado caminho da Liga das Nações. Logo, a Organização das Nações Unidas precisaria mais dos Estados Unidos, do que o contrário<sup>2091</sup>.

Gardiner<sup>2092</sup> também se queixou da indevida interferência da organização internacional na política interna norte-americana, destacando, dentre outras manifestações, aquela do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, em 2014, afirmando que a Guerra no Iraque seria ilegal, pela violação à Carta da ONU.

Assim, do ponto de vista da política norte-americana, uma condenação da organização internacional ao uso da força, baseada no Direito Internacional, seria uma "interferência" indevida na "política interna norte-americana".

Também convém destacar que a crítica de Gardiner<sup>2093</sup> às Nações Unidas possui um termo inicial, que é a década de noventa. Para o autor, a organização internacional tem sido um fracasso, desde as missões de paz em Ruanda e na Bósnia, alegando-se como causa a ausência de liderança, gerenciamento, falta de disciplina e ineficiência geral, além da cultura de corrupção.

Interessante notar que o descontentamento com a organização internacional, segundo esse tipo de crítica, começa exatamente com a hegemonia do padrão de acumulação flexível e a guinada na política externa norte-americana<sup>2094</sup>, ao final da Guerra Fria, já que as organizações internacionais, à moda de uma burocracia mundial, não são mais necessárias. Seguramente, a organização internacional não foi mais ágil, eficiente e ética, nas décadas anteriores, do que tem sido, a partir da década de noventa.

Deveras, se o termo traçado por Gardiner, para situar o início da ineficiência e da imoralidade da organização internacional é o início da década de noventa, por outro lado,

---

<sup>2090</sup> Ibid. p.37.

<sup>2091</sup> Ibid. p.38.

<sup>2092</sup> Ibid. p.39.

<sup>2093</sup> Ibid. p.40.

<sup>2094</sup> JOHNSTONE, Ian. op. cit. p. 826. O autor afirma que a mudança não se deu quanto às metas, mas ao modo de atingi-las. A estratégia teria passado a ser "mais unilateral, imperial mesmo".

aquele marcado por Cassese<sup>2095</sup>, para o início da subversão de categorias tradicionais do Direito Internacional, é o Onze de Setembro. Afirmou ele que o termo "guerra", por exemplo, significa no Direito Internacional o "conflito entre dois ou mais Estados". A partir do Onze de Setembro, porém, o termo foi utilizado para significar um "sério ataque de uma organização não-governamental" - sim, é uma O.N.G. - contra um Estado, como destaca.

Afirmou Cassese<sup>2096</sup> que, aprovada unanimemente, a Resolução 1368, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, seria ambígua e contraditória, porque reconheceria o suposto direito à auto-defesa individual e coletiva, mas teria definido o ataque terrorista como "uma ameaça à paz", não como um "ataque armado", que legitimaria a auto-defesa, nos termos do artigo 51 da Carta da Organização das Nações Unidas. O que teria levado a tal redação ambígua seria uma espécie de resignação com uma ação unilateral dos norte-americanos e o desejo de tomar a ação em suas próprias mãos, como sugere.

A decisão final acabou por ser tomada pelo Conselho da Organização do Tratado do Atlântico Norte, que se apoiou no artigo quinto do seu tratado constitutivo, que versa sobre a auto-defesa coletiva, no caso de algum ataque a seus membros, para evitar o uso centralizado da força, sob autoridade do Conselho de Segurança das Nações Unidas<sup>2097</sup>. Dessa forma, a organização internacional acabou por tornar-se obsoleta, tão logo, aprovou a dita Resolução 1368. Concluiu Cassese<sup>2098</sup> que o alargamento da noção de "auto-defesa" resultante poderia encaixar-se no que se convencionou chamar de "costume instantâneo". Diz que a mudança jurídica em questão, provocada pelo Onze de Setembro, somente seria aceitável, caso as medidas fossem tomadas em bases coletivas, não colidindo com os princípios gerais, geralmente aceitos pela comunidade internacional, caso contrário, estariam abertas as portas para a anarquia<sup>2099</sup>.

A ideologia neorealista traz como consequência - ou apenas reflete - um comportamento unilateral da potência hegemônica, que importa em um sério desafio para o

---

<sup>2095</sup> CASSESE, Antonio. **Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories**. op. cit. p. 993. Evidentemente, Cassese não é um neorealista...

<sup>2096</sup> Ibid. p. 996.

<sup>2097</sup> Ibid. p. 996.

<sup>2098</sup> Ibid. p. 997.

<sup>2099</sup> Ibid. p. 1001. Anarquia que caracteriza, não apenas, a inexistência de um sistema jurídico, mas o próprio contexto, no qual, a Escola Neorealista situa as relações internacionais. Há, após a hegemonia do padrão de acumulação flexível, como se nota, uma convergência, um contínuo, entre o Direito Internacional e as Relações Internacionais, não fazendo sentido - como jamais fez, aliás - isolar o Direito da realidade político-econômica.

século vinte e um, como diz Evans<sup>2100</sup>, porque traz um risco à eficácia das Nações Unidas, para atuar como garantidora da paz e da cooperação.

Sustenta Evans<sup>2101</sup> que a Guerra do Golfo não foi uma defesa contra uma agressão, a recuperação de algo roubado ou uma punição para o "mal", não possuindo o Iraque qualquer arma de destruição em massa, como se alegava, nem se fez o ataque com uma justificação clara, nem com o consentimento das Nações Unidas, o que gerou uma oposição entre aliados tradicionais, além de incentivar o recrutamento de fundamentalistas islâmicos. Por fim, conclui que os Estados Unidos violaram a "Constituição Mundial", que veda o uso da força de um de seus membros contra outro.

Por tudo o que se observa, aquele projeto de constituição e de Estado mundial, que se acreditava factível, após o fim da Guerra Fria, foi definitivamente enterrado. Não por acaso, o projeto de Estado mundial foi sendo substituído pelo conceito de Governança Global, indagando Slaughter<sup>2102</sup> se haveria uma oposição entre os dois termos.

Coincidentemente, Slaughter aponta os anos noventa como o início do renascimento da ideia de um governo mundial, nos termos do Cosmopolitismo, mas também, do reconhecimento crescente de que a política estaria tomando um formato mais descentralizado, com vários atores praticando a governança, do que apenas a imagem hierárquica do governante<sup>2103</sup>.

Apesar dessa coincidência de data, sustenta Slaughter<sup>2104</sup> que a ideia de Governança Global não é a de um mero rudimento de governo mundial, que serviria de fundação para um futuro Estado mundial, mas, algo diverso, que não levaria a um Estado mundial, de forma automática.

"Governança" é um termo que pode significar um mero sinônimo para qualquer forma de governo ou uma prática de governo mais descentralizada. Esta última acepção, ligada à ascensão do "neoliberalismo" implica políticas amigáveis para o mercado, desregulamentação, remoção de interferências políticas, privatização e liberação do movimento dos fatores produtivos<sup>2105</sup>.

---

<sup>2100</sup> EVANS, Brynn M. **United States Unilateralism: A Global Threat for the 21 st. Century.** <http://web.stanford.edu/class/e297a/A%20Global%20Threat%20for%20the%2021st%20Century.htm>. Acesso em 09/11/2016. 17:58 h. p. 1.

<sup>2101</sup> Ibid. p. 5/10.

<sup>2102</sup> SLAUGHTER, Steven. **Global Governance Against World Government ?** <http://wgresearch.org/global-governance-against-world-government/>. Acesso em 09/11/2016. 18:6 h. p. 1/9.

<sup>2103</sup> Ibid. p. 1.

<sup>2104</sup> Ibid. p. 1/2.

<sup>2105</sup> Ibid. p. 3.

Nota-se, por conseguinte, pela época em que o conceito aflora e pelos seus contornos, que há uma íntima relação entre a mudança do padrão de acumulação e a mudança na forma de governar.

Prossegue Slaughter<sup>2106</sup>, dizendo que tais contornos da ideia de "governança" traz consequências importantes, quando se pensa em governo mundial, porque, em primeiro lugar, se trata de um processo complexo, que não engloba apenas uma entidade ou um processo unificado de tomada de decisões, ou ainda, um sistema regulatório coerente. Pelo contrário, a Governança Global refere-se a um conjunto de normas internacionais e transnacionais, como atividades públicas e privadas, incluindo Estados, organizações não-governamentais, empresas, sociedade civil transnacional e outros entes.

Não há, portanto, um sentido de autoridade ou centralização, nos órgãos e sistemas, que compõem a Governança Global, o que, no entender de Slaughter<sup>2107</sup> não representaria anarquia, mas, uma grande dependência de atividades incertas do mercado e da sociedade civil, na identificação e fornecimento dos bens públicos. O que não se sabe é se esse tipo de organização mais descentralizada será mais efetiva para solucionar problemas globais que um ente transnacional, como conclui.

O que fica sem resposta é, porém, como foi possível uma mudança tão rápida da visão cosmopolita de Estado mundial para uma organização mais descentralizada - que acabou por frustrar o projeto constitucionalista e de Estado mundial?

#### **4.4 Da Substituição do Projeto Natimorto de Constitucionalismo, em Razão de sua Obsolescência: o Fim da Escala Nacional**

Sem embargo, já se viu que a *Pax Americana* trouxe uma enorme decepção, para os que achavam que o Estado mundial, previsto por Kant como algo inexorável<sup>2108</sup>, fosse ocorrer após a queda do Muro de Berlim<sup>2109</sup>. Da mesma forma, para aqueles que consideravam que, com o final da Guerra Fria, o Direito Internacional e as organizações internacionais deixariam de ser por ela atrapalhados e cresceriam em importância, deixando o seu estado de "animação suspensa"<sup>2110</sup>.

---

<sup>2106</sup> Ibid. p. 3.

<sup>2107</sup> Ibid. p. 4.

<sup>2108</sup> WENDT, Alexander. **Why a World State is Inevitable? Teleology and the Logic of Anarchy.** [www.comw.org/qdr/fulltext/03wendt.pdf](http://www.comw.org/qdr/fulltext/03wendt.pdf). Acesso em 09/11/2016.18:52 h. p. 1/77.

<sup>2109</sup> BARATTA, Joseph Preston. **Historical Reflections on the World State.** <http://wgresearch.org/historical-reflection-on-the-world-state/>. Acesso em 09/11/2016.18:13 h. p. 1/23.

<sup>2110</sup> REISMAN, W. Michael. **International Law After the Cold War.** New Haven: Yale Law School Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 873, 1990. p. 84.



Para doutrinadores como Wendt<sup>2111</sup>, a chegada do Estado Mundial obedeceria a algumas fases: sistema de Estados, sociedade de Estados, sociedade mundial e segurança coletiva. Porém, não foi o que ocorreu.

Resta entender o mecanismo que fez com que se tornassem obsoletos o Estado mundial e sua constituição, de uma forma tão repentina. Em primeiro lugar, responde Al-Khassimi<sup>2112</sup>, o próprio modelo westphaliano tornou-se repentinamente obsoleto, em especial, após o Onze de Setembro, porque os conflitos do pós-Guerra Fria passaram a envolver atores não-estatais, atuando em redes, sem fronteiras territoriais definidas, de modo que, com o fim do conflito potencial bipolar, iniciou-se um novo período de máximo estado de exceção globalizado.

Do mesmo modo, na economia, com a internacionalização do capital, a regulação estatal, não apenas deixou de ser necessária para o equilíbrio do sistema, como passou a ser prejudicial a ele, segundo a ideologia que passou a predominar<sup>2113</sup>.

Não há de se negar, no entanto, que a desregulamentação empreendida no interesse do novo padrão de acumulação foi fundamental para a eclosão da crise econômica de 2008<sup>2114</sup>, por exemplo. Como salienta Bentley, em sua tese, a má seleção de crédito e o uso inapropriado dos empréstimos bancários pelos tomadores, por exemplo, só ocorreram, porque houve também uma evolução histórica da desregulamentação, principalmente, na década de sessenta - o que já foi objeto de estudo na presente tese -, mas, acentuada a partir de 1994, com o Riegle-Neal Act, que permitiu a liberalização das sucursais dos bancos interestaduais e o Gramm-Leach Bliley Act, do mesmo ano, que deu aos bancos a possibilidade de usar as suas holdings como bancos múltiplos, permitindo a entrada de novos produtos financeiros no mercado<sup>2115</sup>.

Uma amostra de como o aparato burocrático internacional tornou-se, rapidamente, obsoleto para o capital - que começava a internacionalizar-se com maior intensidade - está na Resolução 3281/74<sup>2116</sup>, da Assembleia Geral das Nações Unidas, a qual estabeleceu, na

<sup>2111</sup> WENDT, Alexander. op. cit. p. 40/49.

<sup>2112</sup> AL-KHASSIMI, Khaled. **The Obsolescence of the Westphalian Model and the Return to a Maximum State of Exception**. Hamilton: McMaster Faculty Publications, 2015. In [https://macsphere.mcmaster.ca/bitstream/11375/18673/1/Al-kassimi\\_Khaled\\_201512\\_MA.pdf](https://macsphere.mcmaster.ca/bitstream/11375/18673/1/Al-kassimi_Khaled_201512_MA.pdf). Acesso em 10/11/2016. 17:15 h. p. 59.

<sup>2113</sup> GONÇALVES, Reinaldo. **O Nó Econômico**. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 28.

<sup>2114</sup> BENTLEY, Katherine. **The 2008 Financial Crisis: How Deregulation Led to the Crisis**. Lake Forest: Lake Forest College Publications, 2015. In <http://publications.lakeforest.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1054&context=seniortheses>. Acesso em 10/11/2016. 17:34 h. p. 36.

<sup>2115</sup> Ibid. p. 36.

<sup>2116</sup> <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>. Acesso em 10/11/2016. 17:22 h.

contramão das políticas desregulamentadoras, que viriam a caracterizar o padrão de acumulação flexível, algo como uma "constituição econômica internacional", uma carta de direitos e deveres econômicos dos Estados, na qual, muito claramente, estipulava, em seu artigo segundo, o direito dos Estados soberanos, de "exercer autoridade sobre os investimentos estrangeiros", em sua jurisdição nacional; "regular e supervisionar as atividades das empresas transnacionais", na sua jurisdição nacional; e a "nacionalização, expropriação ou traslação da propriedade estrangeira".

Ora, todo o aparato produtivo, no modelo fordista, estava associado à atuação do Estado, como já visto anteriormente. Nada mais natural, na medida em que o capital foi se internacionalizando, cada vez mais, superando as fronteiras nacionais, que se achasse que o caminho natural da Política e do Direito, fosse, igualmente, a superação das fronteiras dos Estados nacionais, no caminho de uma unificação, que já estava em curso, com a progressiva institucionalização da esfera internacional e a criação de uma constituição internacional.

Porém, documentos emanados das organizações internacionais, como, por exemplo, a Resolução 3281/74, da Assembleia Geral das Nações Unidas, consagrava as ideias do velho modelo fordista, já em uma fase avançada de transição para o padrão de acumulação seguinte, mais ainda, seguindo a velha lógica soberanista e estatista, de modo que, para o capital internacionalizado, a atuação das organizações internacionais com tal viés mostrou-se extremamente inconveniente, como pode ser visto, por exemplo, pela mudança no tratamento jurídico das compensações por expropriações de bens de estrangeiros<sup>2117</sup>, especialmente, a partir da década de noventa.

Esses entes internacionais - em especial, as organizações internacionais, que ganharam o *status* de sujeitos de Direito Internacional -, que acabaram por se mostrar insensíveis à mudança econômica, fechados em seus casulos ideológicos, constituiriam a futura burocracia do Estado mundial. Eram os embriões dos futuros três poderes do Estado cosmopolita. Tudo isso ocorreria, inexoravelmente, com o fim do risco de nova conflagração mundial<sup>2118</sup>. Ocorreria inexoravelmente, porque, "com a guerra fora da agenda", um Estado mundial criaria as capacidades para uma ação coletiva, que os seus membros jamais logariam realizar em uma anarquia<sup>2119</sup>.

---

<sup>2117</sup> BABU, R. Rajesh. **Changing Trajectories of Investment Protection in India: An Analysis of Compensation for Expropriation**. Jodhpur: Trade, Law and Development, vol. 6, n.2, 2014.p. 359/392.

<sup>2118</sup> WENDT, Alexander. op. cit. p. 18.

<sup>2119</sup> Ibid. p. 18.

Porém, essa forma hierárquica de organização, que se imaginava, iria prosperar na nova ordem pós-Guerra Fria, à imagem e semelhança do Estado nacional, passou a ser substituída por um conceito “neoliberal”, o de governança. Aí está a chave-mestra da mudança. Essa relação entre o político, o jurídico e o econômico é explicada por Picciotto<sup>2120</sup>, o qual relaciona a mudança da atividade econômica (esfera privada) com a mudança da política (esfera pública), sendo o Direito um dos modos de interação entre elas. Evidentemente, mudando o padrão de acumulação para flexível e relativizando-se a soberania nacional e os poderes soberanos do Estado-Nação, o elo entre essas esferas, o Direito, não teria como passar incólume. Mormente, o Direito Internacional, já que a mudança econômica pressupunha a internacionalização do capital, o que só é possível com a mudança no ambiente regulatório dessa esfera.

Segundo Picciotto<sup>2121</sup>, foi a fragmentação da esfera pública, com a descentralização do Estado, que teria feito emergir novos tipos de regulação e de sedes mundiais dessa regulação, que teriam embaralhado os domínios público e privado. Com essa passagem de governo para governança, a clara hierarquia das normas, a distinção entre direito duro e suave, entre direito público e privado se tornaram turvas.

Tal governança mundial, com múltiplas sedes, possuiria várias características. Uma delas seria a desestabilização da tradicional hierarquia de normas, segundo a qual, os Estados teriam de respeitar o Direito Internacional, por um lado, e, por outro, a escolha dos sistema nacional de regras aplicáveis às atividades dos atores privados seria determinada pelos princípios de repartição de competências e de escolha do direito aplicável<sup>2122</sup>. Agora, formas diversas de Direito, infranacional e supranacional, criam interações complexas, entre os diferentes órgãos judiciariformes e regulatórios, nos diferentes níveis. Com isso, indivíduos e pessoas jurídicas podem tirar proveito dessas interações, selecionando o sistema de normas e de mudança de fórum, que lhe convenha<sup>2123</sup>.

Afirma ainda Picciotto<sup>2124</sup>, que a forma regulatória atual é uma mistura de diferentes formas jurídicas, de modo que, um organismo público pode se utilizar de técnicas de Direito Privado, como os contratos de serviços, ao mesmo tempo em que, entidades privadas podem se servir de contratos de regulação, mesmo diante do poder público. Da mesma forma, a

---

<sup>2120</sup> PICCIOTTO, Sol. **Constitutionnaliser la Gouvernance à Niveaux Multiples?** FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel (Orgs.) *Repenser le Constitutionnalisme à L'Âge de la Mondialisation et de la Privatisation*. Paris: Société de Législation Comparée, 2011.p. 145/171.

<sup>2121</sup> Ibid.p. 145.

<sup>2122</sup> Ibid.p. 150.

<sup>2123</sup> Ibid. p. 150.

<sup>2124</sup> Ibid. p. 151.

emergência dessa nova regulação produz as "regras de clube". Por fim, outra característica da governança global é a fragmentação e a tecnificação das funções estatais.

Ora, a substituição progressiva do aparato burocrático internacional por uma governança global - atualmente, tais sistemas estão em franca competição -, foi um processo que inviabilizou a criação de um governo mundial estatoforme e da implantação de uma constituição para a humanidade. O que se pergunta Picciotto é se seria possível constitucionalizar a governança global, de modo a reduzir o seu *deficit* democrático, para formar um "Estado de Direito global", entendendo o doutrinador ser pouco provável.<sup>2125</sup>

Pelo que se percebe, o projeto constitucionalista não teria como realizar-se, segundo a sua opinião, em um ambiente global multifacetado, fragmentado, onde, no qual, o técnico toma o lugar do político, do jurídico e do moral.

Há doutrinadores que entendem de forma contrária, como é o caso de Taubner<sup>2126</sup>, que vê duas diferentes tendências, para a constitucionalização, identificadas além do Estado-Nação: a emergência de "constituições" em instituições da política internacional, como as organizações internacionais, ao mesmo tempo em que, surgem "constituições" fora dos limites da política, nos setores privados da sociedade global.

Porém, esse "constitucionalismo" já se adaptou ao padrão de acumulação flexível, admitindo, por exemplo, uma descentralização e uma desestatização de fontes, não sendo o mesmo constitucionalismo, que pressupunha a existência de um Estado mundial e a ideia de um Direito Internacional como sistema jurídico. Apesar da coincidência de nomes, não se trata do mesmo "projeto", como esclarece Schwöbel<sup>2127</sup>. Ela esclarece que, atualmente, há pelo menos três orientações, em termos de constitucionalismo global: a normativa, a descritiva e a intermediária. Também existe a ideia de constituição, como um "produto", ou de constitucionalização, como um "processo"<sup>2128</sup>.

Com efeito, Schwöbel<sup>2129</sup> destaca o fato do constitucionalismo global ser uma área diversa e complexa, havendo quatro visões sobre ele: Constitucionalismo Social, Constitucionalismo Institucional, Constitucionalismo Normativo e Constitucionalismo Analógico. Como era tudo mais simples, quando se entendia que a Constituição Mundial seria apenas o Pacto das Nações!

---

<sup>2125</sup> Ibid. p. 170/171.

<sup>2126</sup> TAUBNER, Gunther. **The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism**. Londres: Transnational Legal Theory Journal, vol. 4, n. 1, 2013. p. 44/58.

<sup>2127</sup> SCHWÖBEL, Christine. **The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers**. Charlottesville: German Law Journal, vol. 13, n.1, 2012, p. 1.

<sup>2128</sup> Ibid. p. 2.

<sup>2129</sup> Ibid. p. 4.

Sinteticamente, se pode afirmar que o Constitucionalismo Social, nesses termos, é a visão que se preocupa com a coexistência na sociedade internacional, sendo um exemplo de corrente de pensamento, que segue essa visão, o Constitucionalismo Global da sociedade civil<sup>2130</sup>. Por outro lado, o Constitucionalismo Institucional procura saber onde está o poder na esfera internacional, para legitimá-lo, através de sua institucionalização.<sup>2131</sup> O Constitucionalismo Normativo, por seu turno, identifica determinadas normas como regras constitucionais globais e que forneceriam o fundamento da ordem constitucional global<sup>2132</sup>. Por fim, o Constitucionalismo Analógico vê semelhanças entre o constitucionalismo interno ou regional, com aquele da esfera internacional, mas, com uma ênfase muito grande na construção da constituição europeia<sup>2133</sup>.

Pelo que se observa dos caminhos do constitucionalismo, aquele projeto original, de instituição progressiva da suposta ordem jurídica internacional, pelo caminho da criação de entes, inicialmente, internacionais, com vistas à criação de instituições e normas supranacionais, impostas aos Estados soberanos, mesmo contra as suas vontades encerrou-se. Desvia-se do caminho originalmente traçado, pelo chamado "projeto constitucionalista", com inspiração kantiana, para caminhos fragmentados e desestatizados, o que põe em evidência a dificuldade de se conciliar um instituto da Modernidade como a Constituição, com um ambiente, que volta a apresentar enorme paralelismo de formas com a Idade Média.

Mais ainda, expõe a dificuldade de implementar, na esfera internacional, qualquer mudança jurídico-política, de natureza estatocêntrica, como é a transposição<sup>2134</sup> da ideia de Constituição para a suposta ordem internacional, para a criação de um "direito interno da humanidade"<sup>2135</sup>, quando a escala econômica e, conseqüentemente, jurídico-política, foi superada pela escala macro<sup>2136</sup>, que é a internacional<sup>2137</sup>.

Ora, se o Estado mundial foi substituído por uma governança global, não necessariamente estatal ou internacional; bem como, se o projeto constitucionalista implodiu-se em constitucionalismos e constitucionalizações, sem prejuízo da ação da mudança econômica, há de se considerar também a existência de um vício original em sua arquitetura,

---

<sup>2130</sup> Ibid. p. 4.

<sup>2131</sup> Ibid. p. 5.

<sup>2132</sup> Ibid. p. 5.

<sup>2133</sup> Ibid. p. 5.

<sup>2134</sup> STONE, Julius. **A Sociological Perspective on International Law**. MAC DONALD, Ronald S.J.; JOHNSTON, Douglas M. (Org.) Dordrecht: Nijhoff, 1986.p. 273.

<sup>2135</sup> PUREZA, José Manuel. **Ordem Jurídica, Desordem Mundial. Um Contributo para o Estudo do Direito Internacional**. Coimbra: Revista Crítica de Ciências Sociais, vol. 64, 2002.p. 24.

<sup>2136</sup> Ibid. p. 24.

<sup>2137</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. **Patterns and Perspectives of the Capitalist World-Economy. Contemporary Marxism**. São Francisco: Synthesis, n. 9, 1984.p. 60.

que é o paradoxo do fim do Direito Internacional pelo seu extremo sucesso, na busca pela paz perpétua.

#### 4.5 Paradoxo: a Unificação, o Estado Mundial e o Fim do Direito Internacional

Deveras, se todas as etapas do projeto constitucionalista e de formação de um Estado mundial houvessem sido vencidas, com sucesso, isso representaria o fim do Direito Internacional, transformando-se esse todo jurídico em um mero direito interno.

Sem embargo, para Kant, em sua Filosofia da História peculiar, haveria um caminho inexorável até a paz perpétua, sendo o maior problema da espécie humana, "o estabelecimento de uma sociedade civil, que administre o direito, de modo universal"<sup>2138</sup>, onde "impere uma constituição civil perfeitamente justa"<sup>2139</sup>, onde haja "um chefe supremo justo por si mesmo"<sup>2140</sup>.

Porém, assinala, de que adiantaria trabalhar por essa constituição civil universal, entre "homens individuais", sem que existisse uma relação jurídica entre os Estados, que esperariam "segurança e direito" de uma liga de nações (*Foedus Amphictyonum*), um "poder unido", com decisão "segundo leis da vontade unificada"<sup>2141</sup>.

Ora, as proposições de Kant, além do estabelecimento de um código de conduta unificado para os homens, de todo o mundo, envolvem - da quinta até a sétima proposições - a ideia de uma institucionalização do poder político<sup>2142</sup> e uma unificação das fontes jurídicas internacionais, de modo que a relação entre os Estados seja feita, segundo normas de uma vontade unificada dos Estados. Unificada em uma instituição chamada "Liga das Nações"<sup>2143</sup>.

Dessa forma, a marcha inexorável da História, segundo plano da Natureza, faria com que fosse imposta a todos os homens uma lei universal, do ponto de vista das relações entre particulares (domínio privado), ao mesmo tempo em que, haveria a formação de um aparato estatal supranacional, que administraria o Direito aos Estados, em suas relações recíprocas, para que tivessem paz e segurança, não necessitando ir à guerra (domínio público). Tudo isso, pressupondo, igualmente, a figura de um líder supremo universal, que seria "justo por si mesmo".

<sup>2138</sup> KANT, Immanuel. **Idea de una Historia Universal desde un Punto de Vista Cosmopolita**. op. cit. p. 35.

<sup>2139</sup> Ibid. p. 36.

<sup>2140</sup> Ibid. p. 38.

<sup>2141</sup> Ibid. p. 38/39.

<sup>2142</sup> NOUR, Soraya. op. cit. p.51. A autora afirma que Kant rejeitava a ideia de um Estado de povos, por uma questão de ordem prática, já que o governo seria impossível, mas admitia a necessidade de uma institucionalização.

<sup>2143</sup> KANT, Immanuel. **Idea de una Historia Universal desde un Punto de Vista Cosmopolita**. op. cit. p. 35/39.

Ora, como seriam essas normas, que regeriam a relação entre os Estados, que partiriam de uma vontade unificada, corporificada na Liga das Nações? Diante da existência de um "chefe supremo"; de um ente supranacional, aos quais os Estados teriam de recorrer, para obter "segurança e Direito", parece evidente que esse Direito Público não seria, propriamente, um "Direito Internacional", mas um direito interno dessa federação de Estados<sup>2144</sup>.

Vale dizer que o projeto constitucionalista, que visava à criação de um Estado mundial e de uma constituição mundial, partindo da ideia de um sistema jurídico internacional, como já visto anteriormente, neste capítulo, seguia, de um modo bastante claro, o mapa do caminho traçado por Kant.

Também se observou que o Direito Internacional evoluiu e cresceu de importância, desde o período do Liberalismo Clássico, de modo que a rebater as críticas com relação à sua existência e autonomia, especialmente, após a sua institucionalização, com a criação da Liga das Nações e da Organização das Nações Unidas, em especial. De igual modo, com a sofisticação normativa de normas internacionais com *status* constitucional como a Carta da Organização das Nações Unidas ou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de muitos outros documentos que se seguiram.

Do ponto de vista normativo, a se destacar, igualmente, a positivação da existência das normas *jus cogens*, das obrigações *erga omnes* e dos crimes internacionais, com a criação de instituições administradoras da Justiça Internacional, prontas a reconhecer a sua existência e validade, como no Caso "Barcelona Traction" - que superou o paradigma estabelecido no Caso "Lotus", como já visto.

Igualmente, neste capítulo, verificou-se que a etapa de formação de um ente supranacional, com uma constituição mundial, similarmente às constituições de direito interno, não chegou a realizar-se, por conta da superação da escala jurídico-política nacional, em razão da anterior superação da escala econômica nacional.

Porém, em um exercício de abstração, caso um ente supranacional, efetivamente, chegasse a formar-se, nos mesmos moldes defendidos por Kant ou pelo Abade de Saint Pierre<sup>2145</sup>, pelo extraordinário crescimento do Direito Internacional, como instrumento regulatório, isso, paradoxalmente, significaria o seu fim. O Direito Internacional, portanto, seria vítima de seu próprio sucesso<sup>2146</sup>.

---

<sup>2144</sup> NOUR, Soraya. op. cit. p. 51.

<sup>2145</sup> KANT, Immanuel. **Idea de una Historia Universal desde un Punto de Vista Cosmopolita**. op. cit. p.39.

<sup>2146</sup> Como um ouroboros, a serpente que devora a própria cauda, frequentemente associado, no simbolismo, ao ciclo da vida ou ao eterno retorno. Tal associação fará mais sentido no próximo capítulo.

Sobre o tema do Estado mundial e da busca pela paz, há um comentário bastante interessante, que é da lavra de Morgenthau<sup>2147</sup>, o qual, afirma que não haverá paz, sem que exista um Estado mundial, cuja instituição é problemática. O primeiro problema é o de se saber da vontade popular, ou seja, se os povos do mundo aceitariam um governo mundial; se estariam dispostos a fazer ou deixar de fazer aquilo que o governo mundial requer deles; e se estariam dispostos e em condições de fazer o necessário para sustentá-lo<sup>2148</sup>.

Nesse sentido, Morgenthau<sup>2149</sup> afirma, profeticamente, que os homens até aceitam a ideia de ajuda externa, mas não de livre migração, que seria um pressuposto desse Estado mundial; de igual modo, não estão dispostos a manter um governo mundial em funcionamento, nem de se opor aos interesses nacionais para isso; nem haveria apoio popular para as três funções, que seriam desempenhadas por esse Estado: dar à humanidade uma personalidade jurídica, criar e manter em funcionamento organismos destinados à mudança social mundial e, por fim, estabelecer organismos coercitivos, para enfrentar ameaças à paz, de forma insuperável.

Nesse ponto, a análise de Morgenthau demonstra o problema do fim do Direito Internacional, já que, uma vez institucionalizado o Estado único mundial, com o monopólio da força e a sua correspondente institucionalização - criação de tribunais, polícias e outras forças armadas -, o papel atualmente desempenhado pelo ramo passaria a ser desempenhado pelo Direito Constitucional mundial, à maneira do Direito Constitucional dos Estados nacionais.

Nesse sentido, o constitucionalismo - como projetado, originalmente - é o último prego do caixão do Direito Internacional, no limite máximo de seu crescimento. Outra metáfora possível é a da crisálida, que levou tantos anos para ter a sua existência e autonomia reconhecida, que, finalmente, quando forma-se - e torna-se um verdadeiro sistema jurídico, uma ordem jurídica -, transformando-se em borboleta, vive muito pouco.

Com extrema sutileza realista, esclarece ainda Morgenthau<sup>2150</sup>, que um futuro parlamento mundial seria inviável, já que "as raças brancas", obviamente, não aceitariam ser dominadas pelas "raças de cor". Essa forma bruta de expor o tema talvez ajude a explicar o motivo do capitalismo internacionalizado não ter apostado na institucionalização máxima das organizações internacionais já existentes, escapando na direção do conceito de governança multinível. Um Estado mundial constitucional, que fosse realmente democrático, implicaria

---

<sup>2147</sup> MORGENTHAU, Hans J. *Política entre las Naciones. La Lucha por el Poder y la Paz*. op. cit. p. 582.

<sup>2148</sup> Ibid. p. 583.

<sup>2149</sup> Ibid. p. 584/585.

<sup>2150</sup> Ibid. p. 585.



na prevalência da vontade da maioria e a periferia é maioria, tanto numericamente, quanto em número de Estados nacionais. A governança multinível é dificilmente democratizável<sup>2151</sup>, porque a sua comunicação não é política, é técnica e porque é impossível democratizar os atores privados da governança, especialmente aqueles, cuja "*raison d'être*" é o lucro<sup>2152</sup>. Assim, o padrão de acumulação flexível resolveu o problema democrático, como não o faria, se prosseguisse a tendência de aprofundamento da institucionalização das organizações internacionais, com a sua transformação em entes supranacionais.

Morgenthau<sup>2153</sup> também chama a atenção para a dificuldade de operação de um parlamento mundial, com tamanha pluralidade de visões de mundo, porque ele jamais seria verdadeiramente operativo e nenhum grupo constituinte se submeteria voluntariamente a uma assembleia legislativa com esse formato, além do quê, a obtenção de consensos seria nula.

Conclui Morgenthau<sup>2154</sup> que, muito embora, a paz mundial não possa ser estabelecida sem um Estado mundial, por outro lado, as condições morais, sociais e políticas seriam totalmente contrárias à sua instalação. Conclui, por conseguinte, que ele somente poderia ser instalado por uma guerra de conquista ou pela união voluntária de Estados já existentes<sup>2155</sup>, o que representaria uma solução falsa, porque um Estado mundial somente poderia ser formado, se antes, fosse formada uma verdadeira comunidade mundial, não o contrário.

Logo, ainda que não representasse, em si mesmo, a morte do Direito Internacional, em razão de sua eficácia máxima, de qualquer modo, esse Estado mundial, da forma como imaginada, desde o fim da *Respublica Christiana*<sup>2156</sup>, jamais poderia existir.

Essa conclusão se torna tanto mais verdadeira, após a hegemonia do padrão de acumulação flexível, porque as instituições da Modernidade, que serviriam de objeto paradigmático dessa construção sócio-política, foram se dissolvendo, em especial, o Estado nacional e a soberania, como já explicado.

#### **4.6 Conclusão: o Papel do Enfraquecimento das Instituições da Modernidade (Estado Nacional e Soberania) no Retorno ao Estado Anterior**

Pois bem, este terceiro capítulo serviu para mostrar a origem das ideias sobre um pretense sistema jurídico internacional e todo o desenvolvimento teórico-institucional dela decorrente, ao longo do século XX.

<sup>2151</sup> AUBY, Jean-Bernard. op. cit. p. 166/174.

<sup>2152</sup> Ibid. p. 170/171.

<sup>2153</sup> MORGENTHAU, Hans J. *Política entre las Naciones. La Lucha por el Poder y la Paz*. op. cit. p. 585.

<sup>2154</sup> Ibid. p. 586.

<sup>2155</sup> Ibid. p. 586/590.

<sup>2156</sup> Ibid. p. 455. O realista cita os exemplos de Erasmo de Rotterdam, Sully, Crucé, Grotius, Penn, o Abade de Saint Pierre, Rousseau, Bentham e Kant.

A rigor, observa-se um movimento similar ao que o sol descreve no horizonte, com uma ascensão, um auge e uma decadência. O movimento de ascensão da ideia de sistema jurídico internacional correspondeu ao momento em que o fordismo se afirmava como padrão de acumulação, cuja lógica era nacional e estatocêntrica. O seu auge equivale à época da hegemonia fordista, quando ocorreu uma institucionalização e um crescimento jamais vistos, anteriormente, no Direito Internacional. O seu declínio corresponde à decadência do modelo fordista e à ascensão do padrão de acumulação flexível, quando foram abandonadas as ideias de formação de uma burocracia supranacional, de uma constituição mundial similar à do direito interno e um Direito Internacional como o "direito comum da humanidade"<sup>2157</sup>.

Da mesma forma, surgem fatos como a governança multinível, a transnormatividade, o pluralismo jurídico e a maior fragmentação do Direito Internacional, quando esse padrão de acumulação flexível torna-se hegemônico, *pari passu*, com o movimento de perda de potência pelos Estados nacionais e de relativização da soberania nacional. Esse quadro configura um momento forte da pulsão fragmentadora e de enfraquecimento da pulsão unificadora, permitindo seja observado um paralelismo das formas políticas, jurídicas e culturais, relativamente àquelas existentes na Idade Média.

Por isso, fala-se em um espécie de retorno ao estado anterior à Modernidade e à Paz de Westphalia, tanto no Direito Internacional, quanto em outros setores do conhecimento.

O que se pergunta é se esse movimento de unificação, observado, no início e em meados do século XX, bem como, de subsequente fragmentação, especialmente, a partir do final da década de oitenta do mesmo século, é algo único na História ou uma alternância de movimentos pulsionais, que se repete.

Esse questionamento é válido, especialmente, para se compreender o peso das intencionalidades na fragmentação do Direito Internacional, uma vez que, já se sabe que ela interessa ao capital internacionalizado e aos Estados mais poderosos, que ainda são capazes de exercer os seus poderes soberanos, nessa ordem política internacional assimétrica.

Obviamente, se for constatada uma tendência de alternância dessas pulsões de unificação e de fragmentação, ao longo de um período histórico considerável, não se pode afirmar, com absoluta certeza, a existência de uma relação de causa e efeito entre a ação dos grupos beneficiados pela fragmentação do Direito Internacional e a sua ocorrência. Nesse caso, será possível, quando muito, falar na existência de uma correlação entre o fenômeno da

---

<sup>2157</sup> JENKS, Wilfred C. **The Common Law of Mankind**. Nova Iorque: Columbia Law Review, vol. 59, n. 3, março/1959.p. 533/537.

fragmentação do Direito Internacional e o movimento de internacionalização do capital em grau máximo, chamada de globalização econômica.

Observe-se que o terceiro capítulo partiu da mudança do padrão de acumulação fordista para o flexível, para captar o momento da reversão da pulsão unificadora em fragmentadora; enquanto o quarto recuou um pouco mais, para mostrar como essa pulsão unificadora ganhou e perdeu força, posteriormente, ao longo do século XX. O quinto capítulo verificará a eventual existência de um padrão de oscilação entre essas pulsões.

## **5 - UMA VISÃO DE LONGO PRAZO - A PULSÃO DE REPETIÇÃO: DA ALTERNÂNCIA DAS PULSÕES DE FRAGMENTAÇÃO E UNIFICAÇÃO**

O presente capítulo pretende visualizar a questão das pulsões de unificação e de fragmentação, em um lapso temporal mais largo, em contraposição ao que foi feito, no segundo capítulo – no qual, estudou-se o surgimento da mais recente tendência à fragmentação do Direito Internacional – e terceiro – no qual, estudou-se o surgimento da pulsão unificadora, que quase levou o Direito Internacional a tornar-se um sistema jurídico perfeito, a um Estado mundial e a uma constituição mundial, por analogia ao direito interno, bem como, a transição para a época da fragmentação e o fracasso desses projetos do século XX, ainda no mesmo século.

Agora, o que se pretende é entender se há algum padrão histórico, no tocante ao comportamento dessas pulsões de unificação e de fragmentação, no Direito Internacional, sendo essencial recorrer ao estudo de algumas visões da doutrina jurídica, como as de Schmitt<sup>2158 2159</sup> e Martineau, além de se socorrer teoricamente de elementos de Filosofia da História, do próprio Schmitt<sup>2160 2161</sup> e outros, mas, principalmente, de elementos como textos de tratados ou de obras doutrinárias de cada época, porque é o que se pode obter, em termos de evidência, quando se trata de um lapso temporal tão longo.

Caso se verifique uma tendência de longo prazo, de ciclos de fragmentação e de unificação do Direito Internacional, por consequência, fica bastante comprometida a visão de parcela da doutrina, já descrita, que dá um grande peso à intencionalidade, nas mudanças observadas na área, porque os atores privilegiados por elas não seriam os mesmos, de períodos anteriores. Assim, restará respondida uma questão central da tese.

### **5.1 Introdução: Carl Schmitt, o Eterno Retorno e as Pulsões de Fragmentação e Unificação**

Carl Schmitt é um dos doutrinadores mais importantes, para se compreender a existência de uma eventual sequência mais estendida de ciclos de fragmentação e unificação, porque, não apenas, dedicou-se a mostrar como elas operaram no Direito Internacional, na alternância do poder entre potências marítimas e terrestres, mercê do desenvolvimento tecnológico, que permitiu uma mudança na forma de ocupação e ordenação dos espaços<sup>2162</sup>;

---

<sup>2158</sup> SCHMITT, Carl. *El Leviathan em La Teoría del Estado de Tomás Hobbes*. Buenos Aires: Editorial Struhart, 2002.p. 11/79.

<sup>2159</sup> SCHMITT, Carl. *Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal*. op. cit. p. 9/82.

<sup>2160</sup> SCHMITT, Carl. *Catolicismo y Forma Política*. Buenos Aires: Areté, 2009.p. 17.

<sup>2161</sup> SCHMITT, Carl. *Ex Captivitate Salus*. Buenos Aires: Editorial Struhart, 2012.p. 23/55.

<sup>2162</sup> SCHMITT, Carl. *Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal*. op. cit. p. 9/82.

como também, pela sua tentativa de desenvolver uma Filosofia da História cristã, que se baseia na crença na irrepetibilidade dos fatos<sup>2163</sup> – contrariando, assim, a idéia de eterno retorno<sup>2164</sup>; mas, contrariando, igualmente, aquelas filosofias da história, que alegam existir um sentido de fim, de progresso ou de evolução<sup>2165</sup>, na sucessão de fatos históricos. Essa Filosofia da História cristã, que explicita a existência de forças históricas, que se opõem, sucessivamente (Anticristo x *Kat-Echon*)<sup>2166</sup>, possui íntima relação com a reflexão feita sobre os ciclos históricos de poder, entre as potências continentais e marítimas.

Em que pese essa visão pessoal de Schmitt, em seus próprios trabalhos podem ser vistos exemplos, nos quais, não seria exagerado afirmar existirem situações de circularidade histórica<sup>2167</sup>, como se verá. Filósofos como Nietzsche, Spengler e Eliade, por sua vez, referem-se ao Eterno Retorno, conceito que bem poderia ser aplicável a presente tese, em especial, no que diz respeito ao retorno a formas jurídicas similares às da Idade Média, no Direito Internacional. Sobre as suas reflexões se tratou no primeiro capítulo.

Assim, em um primeiro momento, serão analisados os ciclos históricos alternados de poder<sup>2168</sup> das soberanias continentais européias – que criaram o *jus publicum europaeum*<sup>2169</sup>, como semente do futuro Direito Internacional, um “Direito Internacional cristão-europeu”<sup>2170</sup> – e das potências marítimas, cujas características de formação, contrariaram a idéia de monarquias absolutistas, de constituição escrita e normas codificadas.

Posteriormente, serão analisados os ciclos alternados de fragmentação e unificação, ao longo da História, não apenas segundo a visão de Schmitt<sup>2171</sup>, mas, levando com conta contribuições como as de Martineau, por exemplo.

Feita essa análise, será verificado se é possível sustentar a hipótese de existência de uma fragmentação do Direito Internacional, como resultado de uma intencionalidade – uma vez que beneficiaria certos atores do Direito Internacional e o capital internacionalizado -, pois, caso confirmada a hipótese da existência de ciclos de contração e distensão, será

<sup>2163</sup> SCHMITT, Carl. **La Unidad del Mundo**. Buenos Aires: Struhart, 2012.p. 86/87.

<sup>2164</sup> SCHMITT, Carl. **La Unidad del Mundo**. op. cit. p. 83.

<sup>2165</sup> Ibid. p. 78/80.

<sup>2166</sup> SCHMITT, Carl. **El Nomos de la Tierra em El Derecho de Gentes del *Ius Publicum Europaeum***. Madrid: CEC, 1979.p. 37.

<sup>2167</sup> SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus**. op. cit. p. 46. Schmitt refere-se, por exemplo, ao “parentesco spirital”, existente entre o período que se seguiu às guerras de religião, na Europa, quando se criou o *jus publicum europeum*, com o pós-Segunda Guerra Mundial. Porém, evita, propositalmente, os termos “paralelismo histórico” ou “homologia”.

<sup>2168</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. op. cit. p. 9/82.

<sup>2169</sup> SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus**. op. cit. p. 51.

<sup>2170</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. op. cit. p.59.

<sup>2171</sup> Ibid. p. 9/82.

constatada uma longa tendência histórica, na qual, a força dessa intencionalidade dos atores atuais seria, portanto, desprezível.

Em um ponto posterior, tecendo considerações sobre a natureza do Direito Internacional, na hipótese de ser confirmada a referida longa existência de ciclos históricos de contração e distensão, não seria mais o caso de falar-se de “*Gestalt*” jurídica, mas, de uma “*Gestaltung*”, que é um conceito dinâmico de “*Gestalt*”, podendo ser definido como “a formação das formas”<sup>2172</sup>. Visto como “*Gestaltung*”, o Direito Internacional deve ser compreendido, não apenas, como aquela formatação cooperativa, estabelecida com a Paz de Westphalia, mas, também, levando-se em consideração todas as formas anteriores e posteriores, diferenciando-se tal figura do fundo (ambiente), de maneiras diversas, respondendo aos diferentes e sucessivos estímulos recebidos.

Caso se considere possuir, o Direito Internacional, a natureza de “*Gestaltung*”, então, como consequência lógica, as pulsões de fragmentação e de unificação seriam inerentes a essa figura dinâmica, caracterizando-se esse movimento cíclico como pulsão de repetição, visto como um todo.

## 5.2 Soberanias Continentais Europeias versus “*Privateers*” e Corsários

Uma forma possível de visualizar ciclos de fragmentação e de unificação no Direito Internacional é a que faz Schmitt<sup>2173</sup>, ao descrever o fenômeno da formação do mundo contemporâneo, a partir das Grandes Navegações do século XV até o período atual.

Antes de apresentar a maneira como tais ciclos históricos se sucedem, bem como, a interpretação que lhes é dada pelo filósofo, convém compreender a sua visão de Filosofia da História, porque apesar de falar em ciclos históricos, na referida obra, além de referir-se a “paralelismos históricos”<sup>2174</sup> ou em “parentesco espiritual”<sup>2175</sup>, em outras, ele repudia a visão do Eterno Retorno, por considerá-la pagã<sup>2176</sup>, em oposição a uma concepção cristã da História, calcada na irrepetibilidade dos fatos<sup>2177</sup>.

Schmitt identifica duas forças históricas opostas, o “Anticristo” e o “Kat-Echon”, sendo a segunda a “muralla contra a restauração do Mal”<sup>2178</sup>, sendo identificada, no curso da

<sup>2172</sup> EMBREE, Lester. **Visão de Causalidade: Merleau-Ponty em Michotte**. Goiânia: Revista da Abordagem Gestáltica, vol. XIII, n. 2, julho/dezembro/2007, p. 222/227.

<sup>2173</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. op. cit. .p. 9/82.

<sup>2174</sup> SCHMITT, Carl. **La Unidad del Mundo**. op. cit. p. 85. O filósofo reconhece a existência de um “paralelismo histórico” entre a época da Revolução Francesa e o período dos césares romanos, citando Spengler e a Teoria dos Ciclos Culturais.

<sup>2175</sup> SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus**. op. cit. .p. 46

<sup>2176</sup> SCHMITT, Carl. **La Unidad del Mundo**. op. cit. p. 86.

<sup>2177</sup> Ibid. p. 87.

<sup>2178</sup> SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus**. op. cit. p.25.

história medieval cristã, com a ideia de Império de um príncipe cristão<sup>2179</sup>. Assim, por exemplo, Bizâncio foi um "Kat-Echon".

É de se notar que, apesar da tese tratar das pulsões de unificação e de fragmentação, não há uma identidade dessas pulsões com as forças históricas descritas por Schmitt, ainda que o seu comportamento seja parecido. Isso se dá, porque na Filosofia da História de Schmitt, a unidade – ou “unificação” para os fins da tese – não circunscreve apenas o "Kat-Echon". Também pode haver unidade, no que toca ao predomínio da força histórica denominada de "Anticristo".

Lembra Schmitt que o “Reino de Satã” seria, de igual modo, uma unidade<sup>2180</sup> - nesse ponto, antecipando-se em uns cinquenta anos ao processo de globalização econômica -, fazendo uma referência à tendência “irresistível” de “centralização absoluta” do mundo, decorrente do “atual pensamento técnico-industrial”. Lembra que Toqueville, ainda no século XIX, já falava na “tendência inexorável da humanidade à centralização e democratização”, através de ação de duas futuras potências mundiais, a Rússia e os Estados Unidos<sup>2181</sup>.

Esse processo levaria, segundo Schmitt<sup>2182</sup> já afirmava no imediato pós-guerra, a organizações e centralizações, cada vez maiores - o que, sem dúvida alguma, acabou por concretizar-se, especialmente, com a hegemonia do padrão de acumulação flexível-, tendo havido sinais precoces, no sentido dessa unificação, que considerava "maligna", como foi o caso da Doutrina Stimson, que definia como uma “tese pan-intervencionista”<sup>2183</sup>.

Schmitt, antes de detalhar a sua concepção de História fala desse “ideal de unidade do mundo”, pela técnica, em um contexto de Guerra Fria, de dualidade. Mas, antecipou o fim da bipolaridade, afirmando que a dualidade caminharia para a unidade, mas que, o vencedor realizaria a unidade do mundo, segundo as suas próprias idéias<sup>2184</sup>. Por isso, pergunta qual seria a alternativa a essa visão progressista ou evolutiva, que conduziria à unidade técnica do mundo<sup>2185</sup>, ao *magnus homo*.

Da mesma forma que, no Estoicismo, o suicídio do indivíduo seria o ponto alto da liberdade, o “ponto culminante da História universal” seria a “morte técnica” da Humanidade,

<sup>2179</sup> SCHMITT, Carl. **La Unidad del Mundo**. op. cit. p. 86.

<sup>2180</sup> Ibid. p. 72.

<sup>2181</sup> SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus**. op. cit. p. 23.

<sup>2182</sup> SCHMITT, Carl. **La Unidad del Mundo**. op. cit. p. 72.

<sup>2183</sup> Ibid. p. 74. Não se parece com a realidade da *Pax Americana* ?

<sup>2184</sup> Ibid. p. 76.

<sup>2185</sup> Ibid. p. 84.

pela unidade do mundo<sup>2186</sup>. Esse pensamento encontra-se no mesmo contexto e na mesma toada do fim do Direito Internacional cosmopolita, pelo seu sucesso extremo, que seria a formação de um Estado mundial.

Essa visão de História progressista ou evolutiva, que seria compartilhada, pelas duas potências mundiais (Estados Unidos e União Soviética) e as suas Filosofias da História precisaria ser desafiada por outra visão de História, que oferecesse uma alternativa à unidade técnica do mundo, sendo que, na sua opinião, essa concepção de História seria a cristã, apesar de cem anos de desnaturalização pelo Romanticismo e relativização pelo Historicismo<sup>2187</sup>.

Uma opção hipoteticamente possível, destacada por Schmitt<sup>2188</sup>, fazendo referência a Toynbee, a Spengler e à Teoria dos Ciclos Culturais, seria a concepção de História do Eterno Retorno, porém, afirma ele, o conteúdo histórico não se repete, de modo que, afirma não ser essa a sua visão. A concepção do Eterno Retorno seria um novo paganismo, baseado na periodicidade da natureza. No entender de Schmitt, a periodicidade seria “mero recurso”, não seria “remédio”<sup>2189</sup>.

Interessante perceber que, ao recusar a visão histórica do Eterno Retorno, Schmitt acaba utilizando um argumento, que muito bem saberia aos evolucionistas ou progressistas, porque afirmou que “a técnica está em condições de aniquilar a natureza e tomar o seu lugar”.<sup>2190</sup>

Assim, de uma forma sucinta, pode-se afirmar que Schmitt, do ponto de vista de sua concepção histórica, opõe-se à crença em evolução ou progresso linear. Pelo contrário, há na sua concepção de História uma constante querela entre forças históricas opostas e é assim, segundo esses parâmetros, que interpreta a evolução do *jus publicum europaeum*<sup>2191</sup>, por exemplo, quando trata da oposição “humanização vs. desumanização da guerra”.

Quando aplicada essa concepção à História Europeia e ao *jus publicum europaeum*, tem-se a descrição da longa disputa de poder entre as soberanias continentais européias e os “*privateers*” ou corsários, que se desenvolveu em longas quatro fases: predomínio das potências católicas; disputa colonial entre Inglaterra, França e Holanda, em paralelo com as

---

<sup>2186</sup> Ibid. p. 84. É nesse ponto que Schmitt faz inúmeras referências – não explícitas e não se sabe se, conscientemente – a um dos símbolos representativos do Mito do Eterno Retorno, o ouroboros (a cobra que come o próprio rabo).

<sup>2187</sup> Ibid. p. 84.

<sup>2188</sup> Ibid. p. 85/86.

<sup>2189</sup> Ibid. p. 83.

<sup>2190</sup> Ibid. p. 83. Fazendo uma observação crítica, percebe-se hoje que a “técnica” pode muito menos do que se imaginava, considerando a força da natureza e de seus ciclos inerentes.

<sup>2191</sup> CAMPDERRICH, Ramón. Tierra y Mar: Historia, Técnica, Legitimidad. In SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. Madrid: Trotta, 2007. p. 10.



lutas de religião, na Europa; predomínio da Inglaterra e; por fim, o predomínio norte-americano, que desloca a órbita do poder mundial.<sup>2192</sup>

Porém, como salienta Schmitt<sup>2193</sup>, na realidade, essa “oposição elemental” terra-mar é muito mais antiga, remontando à Antiguidade. Com efeito, os minóicos, sediados em Creta, eram uma potência marítima do Mediterrâneo Oriental, que expulsou os piratas locais e estabeleceu uma avançada cultura comercial, tendo sido a primeira cultura helênica relevante, influenciando os povos continentais; a própria Atenas foi uma potência marítima, que se defendeu contra os persas, uma potência terrestre, mas, posteriormente, veio a perder a Guerra do Peloponeso para Esparta, outra potência terrestre, como recorda o filósofo<sup>2194</sup>. Da mesma forma, Roma, originalmente, uma potência terrestre, derrotou a potência marítima denominada Cartago, nas Guerras Púnicas, vindo a tornar-se, também, uma potência marítima.<sup>2195</sup> O poder marítimo romano foi sucedido pelo dos vândalos, sarracenos, vikings e normandos, posteriormente<sup>2196</sup>.

Em momento seguinte, sucedeu-se o poder terrestre dos árabes e de Bizâncio, que, nas palavras de Schmitt, era uma potência “costeira”<sup>2197</sup>, tendo funcionado como um *katechon*, contendo a invasão muçulmana e impedindo que chegassem até a Itália, subseqüentemente à queda do Império Romano. A seguir, surge o poderio marítimo veneziano<sup>2198</sup>. Com a ocupação de Constantinopla pelos otomanos, porém, são interrompidas as rotas comerciais para as Índias, através do Mediterrâneo e Oriente Médio, o que provoca o deslocamento do eixo das navegações de um mar semicerrado, como é o Mediterrâneo, para o Oceano Atlântico<sup>2199</sup>.

Nessa parte, convém destacar a divisão em três fases, da História universal, feita por Kapp, conforme o mencionado por Schmitt<sup>2200</sup>: haveria, ao longo do desenvolvimento da humanidade, uma seqüência de períodos, que se iniciaria com o período potâmico, no qual, as grandes civilizações se situaram ao longo dos grandes rios; depois, o período talássico, das culturas clássicas da Antiguidade e da Idade Média, das costas mediterrâneas e mares

<sup>2192</sup> CAMPDERRICH, Ramón. op. cit. p. 9.

<sup>2193</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal.** op. cit. p. 26/27.

<sup>2194</sup> Ibid. p. 27.

<sup>2195</sup> Ibid. p. 27.

<sup>2196</sup> Ibid. p. 27.

<sup>2197</sup> Ibid. p. 28.

<sup>2198</sup> Ibid. p. 28.

<sup>2199</sup> Ibid. p. 29.

<sup>2200</sup> Ibid. p. 30.

semicerrados. Por fim, o período oceânico, com a fase de transição da Idade Média para a Idade Moderna<sup>2201</sup>, por conta da inviabilidade das rotas comerciais terrestres para as Índias.

Ora, há os ciclos de poder, entre as diferentes potências marítimas e terrestres, ao longo da Antiguidade e da Idade Média, descrevendo, por sua vez, um desenvolvimento em fases históricas, que são determinadas pelo conhecimento tecnológico. Não seria possível passar do rio para o mar fechado e, daí, para o oceano, sem que houvesse um significativo desenvolvimento tecnológico. Essa observação vale para os períodos posteriores, descritos por Schmitt, a partir das Grandes Navegações, elas próprias, só se tornando possíveis, por conta da evolução de instrumentos como a bússola, da cartografia e das velas, porque a navegação mediterrânea era feita à base de remos.<sup>2202</sup>

Outro ponto a destacar, antes de chegar ao que deve ser destacado no presente item, que é a oposição entre as soberanias continentais européias e os corsários ou “*privateers*”, é a razão de Schmitt enfatizar os elementos na sua análise, a terra e o mar. Na realidade, a grande originalidade do trabalho reside na percepção da relevância da dimensão espacial, para a ordenação das sociedades. Ou seja, o espaço é uma condicionante da maneira como as sociedades são reguladas, o que significa dizer que o Direito é, de algum modo, função da maneira como o espaço é ocupado<sup>2203</sup>.

Como consequência, “toda ordem social é uma ordenação do espaço” e é condicionada pelas concepções que se tem do espaço<sup>2204</sup>. Nesse mesmo diapasão, toda revolução social é uma revolução espacial<sup>2205</sup>, ou seja, uma mudança acelerada e radical no horizonte espacial humano<sup>2206</sup>. Como três exemplos dessas revoluções espaciais, Schmitt enumera as conquistas de Alexandre Magno, que expandiram o mundo helênico; o Império Romano e as consequências das cruzadas, para o desenvolvimento posterior da Europa<sup>2207</sup>.

Em um desses momentos paradigmáticos, que foi a transição da Idade Média para a Idade Moderna, no entender de Schmitt, teria ocorrido uma grande mudança na percepção de espaço dos europeus – a “primeira revolução espacial planetária”<sup>2208</sup> –, porque a Idade Média tinha uma concepção de espaço como “lugar cheio de sentido”, enquanto a Idade Moderna,

---

<sup>2201</sup> Ibid. p. 30.

<sup>2202</sup> Ibid. p. 31.

<sup>2203</sup> CAMPDERRICH, Ramón. op. cit. p. 10. Intuitivamente, pensa-se apenas na ocupação do espaço como função do Direito.

<sup>2204</sup> Ibid. p. 10.

<sup>2205</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. op. cit. p. 48.

<sup>2206</sup> CAMPDERRICH, Ramón. op. cit. p. 10.

<sup>2207</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. op. cit. p. 49.

<sup>2208</sup> Ibid. p. 54.

após as Grandes Navegações, passou a perceber o espaço como algo abstrato e vazio<sup>2209</sup>. Nota-se um evidente peso nessa mudança no fato dos europeus terem se lançado ao elemento oceânico, abandonando a terra firme, os rios e os mares interiores.

Não seria nada absurdo, portanto, afirmar-se que, com a atual compressão espaço-temporal<sup>2210</sup>, com a facilidade com que se cruza a superfície terrestre, pelos mais variados meios, pelo maior conhecimento que se tem de cada canto do globo, que a percepção espacial dessa Terra assemelha-se, cada vez mais, à percepção de um espaço cheio, do que de um espaço vazio, como na Idade Média. Talvez por isso, faça todo sentido que, também no que toca à regulação, ou seja, ao Direito, haja um paralelismo de formas entre a época contemporânea – da hegemonia do padrão de acumulação flexível – e as medievais, como se vem sustentando. A percepção que se tem do espaço não condiciona a regulação, como se afirma?

Deveras, se, na Idade Média, existia um todo com sentido de unidade e sistema, com fins divinos, revelados pela religião – portanto, “pleno de sentido”-, isso teria se perdido, após a Reforma Protestante e as Grandes Navegações, aflorando a percepção espacial do grande vazio oceânico, das grandes distâncias e dos horizontes desconhecidos e temidos. Como consequência, a regulação que se seguiu, não poderia ter mais um sentido único, já que não havia uma religião predominante a indicar um sentido geral, os fins éticos das normas, os valores de escolha. Cada unidade política - herdeira da implosão daquele todo, que congregava o poder espiritual e temporal, já separados – foi se autonomizando e exercendo uma força centrípeta sobre os poderes feudais remanescentes, cercando-se de poderes, ditos “soberanos”, inclusive o de fazer e revogar leis e de dizer o Direito em última instância. Da mesma forma que cada estrela dessa constelação de Estados surge, passando a regular a sua área territorial, o todo europeu, na mesma proporção, esvazia-se de poder e de sentido, inclusive do poder de regular. Isso implicou em fragmentação do Direito.

A “*Gestalt*” do Direito, na Idade Média europeia, descrevia um círculo (o Direito de base religiosa, comum a todos os europeus, com base na doutrina católica romana), que circunscrevia outros círculos em seu interior (os direitos bárbaros locais, a *lex mercatoria* e outros tipos de costume). Em oposição, quando a percepção espacial mudou, com a primeira grande revolução planetária, a “*Gestalt*” do Direito passou a apresentar uma figura não-circunscrita, na qual, vários pontos, representando os direitos “nacionais”(sic) – expressão

---

<sup>2209</sup> CAMPDERRICH, Ramón. op. cit. p. 10.

<sup>2210</sup> HARVEY, David. A Compressão do Tempo-espaço e a Condição Pós-moderna. HARVEY, David (Org.) **A Condição Pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1989. p.257/276.

que, para a maior parte dos países europeus da época, ainda representa uma incorreção histórica, porque não seria possível identificar uma “nação” - e estatais em formação, correspondentes aos diferentes Estados, igualmente, em fase de formação. Entre esses pontos, acrescentando linhas, passa-se a ter a “*Gestalt*” daquele Direito Internacional, que viria a consolidar-se com a Paz de Westphalia – e que muitos ainda confundem com “o” Direito Internacional.

Essa passagem de uma “*Gestalt*” para outra representa, de um lado, a formação do *jus publicum europaeum*, à qual se dedica Schmitt, em várias de suas obras. Por outro lado, tal realidade é apenas um lado do fenômeno, porque tem a ver com a realidade espacial das soberanias continentais européias. Há uma notável exceção, no processo de formação desse *jus publicum europaeum*, que se relaciona com a questão da percepção espacial, como salienta Schmitt. Sem embargo, a lógica do Behemoth não se aplica ao Leviatã, como se observará, logo adiante.

Por outro lado, quando se pretende atribuir um sentido, um fim, um caráter de sistema ao Direito Internacional, como se viu no capítulo anterior, a partir do retorno dos valores, com a sua “constitucionalização”, isso passa a ocorrer, a partir do momento em que as distâncias novamente se encurtam no globo terrestre – no início do século XX, começaram as grandes corridas aos extremos da Terra, como os pólos -, mercê da invenção da aviação, da plena utilização das ferrovias, nos mais diversos cantos do globo, no desenvolvimento dos automóveis, na navegação de longo curso a vapor.

Esse processo de evolução tecnológica, que permitiu outra revolução espacial planetária – que fez incluir o Grifo<sup>2211</sup>, na saga de Behemoth e Leviatã, inclusive -, ao final do século XX, já permitiu uma significativa mudança na “*Gestalt*” do Direito Internacional, chegando-se a afirmar que a sociedade internacional teria sido substituída pela comunidade internacional e que não se teria mais uma “*Gestalt*” de coordenação, como a traçada na Modernidade, mas de subordinação, com normas mais importantes que outras, com sentido e finalidade ética, baseada nos direitos humanos ou fundamentais. Esse desenvolvimento é ainda incerto, na verdade, não tendo ocorrido a retomada do sistema, como se esperava ocorrer, após o fim da bipolaridade geopolítica, apenas por conta das assimetrias de poder entre os Estados, que impede que essa subordinação a uma suposta “ordem jurídica

---

<sup>2211</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal.** op. cit. p. 80. O jusfilósofo utiliza figuras míticas para simbolizar, respectivamente, o poder terrestre (Behemoth), o marítimo (“Leviatã”) e o mais recente, o poder aéreo (Grifo).

internacional” seja real, para todos os Estados, especialmente, diante da impossibilidade de universalização das sanções jurídicas, como já se viu.

Não seria demais lembrar, já que se joga segundo as regras de Schmitt, que relaciona percepção temporal com regulação jurídica, o fato de haver ocorrido uma novíssima revolução espacial, a partir da década de sessenta, do século XX – por coincidência, também a época dos primórdios da formação das instituições financeiras “*off-shore*”, para fugir da regulamentação norte-americana e a formação do mercado de eurodivisas, que marcaram o início da transição do padrão de acumulação fordista para o flexível - dessa vez “interplanetária”, nesse ínterim, a qual relativizou, novamente, aquela percepção de plenitude, obtida com a conquista do planeta e a compressão espaço-temporal, proporcionada pela tecnologia e pela internacionalização da economia em sentido geral. Teria esse fato, que modificou, novamente, a percepção espacial, alguma relação com o fracasso do projeto de “constitucionalização” do Direito Internacional e da criação do futuro Estado mundial?

Aliás, é interessante a distinção que faz Schmitt, no processo de formação do Direito Público das soberanias continentais européias, em geral, e da Inglaterra (por isso, afirma que a lógica de Behemoth não se aplica a Leviatã). Mais do que isso, é de extrema importância para se compreender o sentido da alternância dos ciclos de fragmentação e de unificação do Direito Internacional.

De fato, como já se viu anteriormente, a fragmentação é um resultado desejado pelo capital internacionalizado e pelos Estados mais poderosos, que não possuem interesse no fortalecimento do Direito Internacional com normas *jus cogens*, impostas aos Estados independentemente de seu consentimento, em especial, as protetivas de direitos fundamentais – como demonstram as campanhas militares, baseadas em intervenção preventiva, com justificativa no “destino manifesto”, do pós-Onze de Setembro e as ilhas esquecidas do oceano jurídico, como Guantánamo -; nem nos foros multilaterais – do “*law-making*” internacional ou judiciariformes -, que possam gerar precedentes contra os seus interesses econômicos; na generalização das sanções; na forma de uma burocracia supranacional; dentre outros aspectos. Nesse sentido, preferem um *nomos* de liberdade, como a liberdade dos mares, do que um *nomos* da terra, de cercas bem delimitadas.

Não seria demais estabelecer certa correspondência entre os “*privateers*” ou corsários de Schmitt, com as forças da fragmentação do Direito Internacional. Do mesmo modo, não é exagerado intuir-se que aqueles que desejam a constitucionalização do Direito Internacional, com base em valores, cuja expressão máxima são os direitos humanos, possam ser comparados às soberanias continentais européias - e o seu modo de regulação baseado em

cercas, não em liberdade -, que operavam o jogo duplo de humanização/desumanização da guerra, referido por Schmitt, dependendo do solo onde essa guerra era travado – na Europa ou nas terras “não-civilizadas”.

Como, então, deu-se o processo de formação desse *jus publicum europaeum* e por que o Leviatã é um ponto fora da curva, nessa evolução?

Schmitt descreve o processo de formação do *jus publicum europaeum* com uma fórmula engenhosa. Diz ele que esse direito é filho do Direito Romano com a Igreja Católica Romana. Quando ocorreu a final separação do poder espiritual do temporal, o Direito mudou-se da casa da mãe (Igreja) e foi para a casa do Estado, o palácio, com quem se casou<sup>2212</sup>, nos séculos XVI e XVII. Posteriormente, quando a burguesia finalmente conseguiu a hegemonia do poder político, no século XIX, com o Liberalismo, o *jus publicum europaeum* mudou-se do palácio para um "hotel muito confortável"<sup>2213</sup>.

O que parece ser apenas mais um “*insight*” genial, dos muitas existentes na obra de Carl Schmitt, na realidade, é uma constatação: dependendo do ângulo em que se esteja, a visão do observador muda. Assim, por exemplo, enquanto o Direito ainda estava na "casa da mãe", a Igreja, via o seu objeto do ponto de vista de um poder ordenador, unificador, que era, ao mesmo tempo, *auctoritas e potestas*. Isso muda, quando esse direito muda-se para a "casa do marido", o Estado Moderno soberano, quando cada unidade soberana regula o seu próprio território, sem a existência de um poder ordenador central. O observador está, então, no ponto de vista do soberano, o que proporciona o nascimento de um Direito Internacional novo, nascido do Direito Público, ou seja, do Estado<sup>2214</sup>. Esse novo direito incorpora todas as lições de Bodin - a questão da soberania do Estado na política interna e externa, por exemplo - e Hobbes a noção de estado de natureza para as relações entre os Estados, na qual, há ordem dentro dos Estados, mas não fora deles.<sup>2215</sup>

Dessa forma, algumas alterações aconteceram - seja no Direito Público, seja na esfera internacional - porque aquelas concepções sobre o direito de resistência, a guerra justa e o tiranicídio, existentes na Idade Média, foram sendo modificadas, a ponto de se criar uma distinção entre a guerra justa e a guerra civil e entre inimigo e criminoso.<sup>2216</sup>

Não é exagerado afirmar que, de cada "casa" que se olhe para a sociedade, a última é regulada de uma forma diferente. Depois do fim do Império Romano, o direito imperial foi

<sup>2212</sup> SCHMITT, Carl. *Ex Captivitate Salus*. op. cit. p.51.

<sup>2213</sup> Ibid. p.54.

<sup>2214</sup> Ibid. p.52. Uma belíssima metáfora, com consequências jurídicas, por suposto.

<sup>2215</sup> SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*. op. cit. p. 48/49.

<sup>2216</sup> SCHMITT, Carl. *Ex Captivitate Salus*. op. cit. p.52.

incorporado pela Igreja, com uma nova roupagem. Quando, finalmente, o Rei e a burguesia substituem o clero e a nobreza, o poder vai morar nos palácios e o Direito Público passa a regular a sociedade, de um modo totalmente diferente, dentro de uma escala nacional e estatal. Isso só vai mudar no século XIX, quando a burguesia assume a hegemonia, enfraquecendo-se o Rei, regulando-se a sociedade, a partir de um "hotel muito confortável", ainda com uma escala nacional - que só vai mudar com o capitalismo flexível, ao final do século XXI -, mas com uma ênfase na liberdade de comércio, indústria e de profissões<sup>2217</sup>.

A mudança mais óbvia, decorrente do nascimento de um *jus publicum europaeum*, com a saída do Direito da casa da mãe, a Igreja, foi a criação de um Direito Internacional somente possível entre Estados nacionais soberanos, em oposição aos países que não têm como montar uma organização própria de Estado moderno, os "não civilizados", como dizia o artigo 22 do Pacto das Nações<sup>2218</sup>.

Tais países "não-civilizados" se convertem em colônias ou protetorados, submetendo-se aos "sujeitos de Direito Internacional"<sup>2219</sup>. A guerra deixa de ter outros apelidos (civil, de religião, justa,...), para ser, pura e simplesmente, guerra entre Estados. Não faz sentido falar em "guerra justa", no plano internacional, da mesma forma que em "resistência justa", no plano interno, quando se está diante de um mecanismo técnico de mando, que opera segundo as razões de Estado<sup>2220</sup>. Da mesma forma, ainda que em estado de natureza, entre si, os Estados celebram contratos, ainda que, com isso, não proporcionem a mesma segurança, que existe na ordem interna<sup>2221</sup>.

Foi essa ordem que se manteve por aproximados trezentos anos, baseada no equilíbrio de poder, assentada na escala estatal e nacional, a qual era, comparada à ordem jurídica existente na Idade Média, fragmentada - diante da inexistência de um poder ordenador; uma unidade de fins, baseada em valores; por depender do talante de cada Estado soberano.

Porém, convém ressaltar a excepcionalidade, durante esse processo de formação do *jus publicum europaeum*, do caso inglês, como ressaltado por Schmitt<sup>2222</sup>, que afirma que a Inglaterra - e, posteriormente, o Reino Unido - não se formou como um "Estado" - no sentido de "Estado moderno" -, como as soberanias continentais europeias.

---

<sup>2217</sup> Ibid. p.52/54.

<sup>2218</sup> SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*. op. cit. p. 46.

<sup>2219</sup> Ibid.p. 47.

<sup>2220</sup> Ibid.p. 47.

<sup>2221</sup> Ibid.p. 48.

<sup>2222</sup> Ibid.p. 48.

Sem embargo, por uma estranha ironia, o Leviatã, normalmente associado a um peixe grande ou à Inglaterra<sup>2223</sup>, em oposição ao Behemoth<sup>2224</sup>; no que toca à evolução do Direito Público, relaciona-se mais à formação estatal das potências terrestres europeias<sup>2225</sup>.

Afirma Schmitt<sup>2226</sup> que a Inglaterra e a sua marinha não tiveram a necessidade de uma monarquia absoluta, de exército permanente, burocracia estatal ou de um sistema jurídico como o do Estado legalista. Em se tratando de uma potência marítima e comercial e de um império mundial, a Inglaterra não teve de recorrer a um Estado fechado, sendo o decisionismo do pensamento absolutista alheio à mentalidade inglesa. Lá não houve espaço para a adoção do conceito de soberania do Estado absoluto, como forma pura de poder, sem contrapesos. Pelo contrário, a constituição inglesa é um exemplo de constituição mista<sup>2227</sup>.

Por outro lado, em se tratando de uma potência marítima, no campo externo, o conceito de guerra que lhe convém é o de guerra total, não se distinguindo combatentes de não-combatentes, militares ou civis, o que impacta no Direito Internacional.<sup>2228</sup> Também impacta no Direito Internacional a diferença entre as formas de regulação pretendidas pelas potências terrestres e marítimas, porque as primeiras praticam o *nomos* da terra - com o cercamento de terras e a regulação nacional e estatal desse território- e a Inglaterra, pelo contrário, baseia-se no princípio da liberdade dos mares e da atuação ampla de agentes não-estatais.

Ora, tal diferença de formação, do Direito Público existente entre as soberanias continentais europeias (o Behemoth) e a Inglaterra (o Leviatã, mas também, os "*privateers*" e os corsários), bem como, as diferentes concepções sobre guerra e sobre a regulação do espaço<sup>2229</sup>, por conta da diferença de natureza entre elas (potências terrestres vs. potência marítima), criou uma alternância de poder político-militar, que corresponde a ciclos de fragmentação e de unificação, como se verá.

### 5.3 Os Ciclos de Fragmentação e Unificação

<sup>2223</sup> SCHMITT, Carl. *Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal*. op. cit. p. 73.

<sup>2224</sup> Ibid. p. 26.

<sup>2225</sup> SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*. op. cit. p. 79.

<sup>2226</sup> Ibid. p. 79.

<sup>2227</sup> Ibid. p. 79.

<sup>2228</sup> Ibid. .p. 79. Por que a lógica da guerra no mar, como assinala, é de estrangulamento das atividades comerciais, pelo cerco dos portos, afetando a população civil e as atividades econômicas, o que se diferencia da guerra regular, no interior do Continente, que costuma seguir uma lógica territorial, de ocupação de espaços.

<sup>2229</sup> Não há como negar a incrível simetria existente entre os "*privateers*" e corsários daquela época com as forças da fragmentação do Direito Internacional de hoje, bem como, entre as ditas soberanias continentais europeias daqueles tempos e os defensores do projeto constitucionalista dos tempos mais recentes.



Como sempre se dá, a mudança cultural - na qual se inclui a jurídica - decorreu da mudança econômica - especificamente, do fator de produção "tecnologia", como se deduz da narração de Schmitt<sup>2230</sup>, do momento crucial de mudança, da terra ao mar.

Explica ele que, por volta de 1600, os holandeses inventaram uma nova forma de navegação a vela e um novo tipo de veleiro, que dispensava remos, permitindo a navegação oceânica, com maior eficiência<sup>2231</sup>. Trata-se do momento definitivo de passagem da fase talássica, para a fase oceânica, do desenvolvimento das civilizações, um "ponto de inflexão na história da navegação".<sup>2232</sup>

No século XVI surge, ainda, uma nova etapa da guerra marítima, proporcionada por um novo tipo de navio de guerra, armado com canhões em seus costados, de modo que o combate naval passa a tornar-se, efetivamente, "naval", não mais um combate corpo-a-corpo, das tripulações de barcos a remos<sup>2233</sup>.

Dessa forma, até o último terço do século XVI, inúmeros países contribuíram para o avanço das técnicas de navegação, o que lhes proporcionou a conquista do Novo Mundo - os italianos aperfeiçoaram a bússola e as cartas náuticas; os portugueses e espanhóis circunavegaram a terra e fizeram as primeiras descobertas; os astrônomos e geógrafos alemães ajudaram a fixar a nova imagem do planeta; os holandeses foram os primeiros a pescar baleias no mar aberto e aperfeiçoaram as técnicas de construção naval; os franceses obtiveram algum domínio de territórios no Novo Mundo e os seus corsários hugenotes aterrorizaram as colônias católicas; enquanto a Inglaterra ainda não tinha ultrapassado a linha do Equador, com os seus corsários.<sup>2234</sup>

Os piratas e corsários, em especial, os ingleses, holandeses e franceses hugenotes, como salienta Schmitt, tiveram grande predominância nos mares, por aproximados cento e cinquenta anos, ou seja, desde o começo das lutas das potências protestantes contra as soberanias católicas, mas, somente até 1713, quando então, sobreveio o Tratado de Utrecht, época que o sistema continental europeu consolidou-se e a Inglaterra assumiu a hegemonia dos mares.<sup>2235</sup>

Ou seja, houve um período de domínio católico (Veneza, até a conquista de Constantinopla, pelos turcos otomanos; Portugal e Espanha, a partir do início da conquista do

---

<sup>2230</sup> SCHMITT, Carl. *Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal*. op. cit. p. 37.

<sup>2231</sup> Ibid. p. 37.

<sup>2232</sup> Ibid. p. 37.

<sup>2233</sup> Ibid. p. 38.

<sup>2234</sup> Ibid. p. 38/39.

<sup>2235</sup> Ibid. p. 41.

Atlântico), até que as potências protestantes assumiram a vanguarda do poder marítimo (primeiro a Holanda, depois, a Inglaterra). Entre o início das guerras de religião no continente europeu e a consolidação do *nomos* da terra, entre 1648 (Paz de Westphalia) e 1713 (Tratado de Utrecht), que estabeleceu o sistema de "cercamento" de territórios, cada qual, com o seu poder soberano, corporificado em um Estado nacional, houve a atuação dos corsários, filibusteiros, bucaneiros e aventureiros de todo o tipo, com grande proeminência. Após o acerto entre as potências no continente, o pirata tornou-se um inimigo dos Estados - antes, muitas vezes atuava a seu serviço -, firmando-se, igualmente, a política de liberdade nos mares.

Percebe-se, portanto, a existência de ciclos, não apenas de dominação dos mares e do continente europeu, por determinados atores, mas, acima de tudo e o que realmente interessa para a tese, há períodos alternados de unificação e de fragmentação do Direito Internacional.

Com efeito, a Baixa Idade Média observava uma fragmentação política extrema, mas uma unidade ideológica e jurídica, baseada nos princípios morais religiosos, que dava sentido ao sistema existente. Na base, o velho direito romano e os diversos costumes locais, inclusive a *lex mercatoria*, coexistindo (portanto, uma pluralidade de fontes). Em termos políticos, havia o Império, que a partir de determinado momento, assumiu o poder temporal, em contraposição ao poder espiritual da Igreja, mas também havia os diversos reinos e os feudos (qualquer semelhança com a "governança multinível" é mera coincidência ?).

Uma evidência de como se manifesta essa "Gestalt" do Direito Internacional, unificado ideologicamente - apesar da fragmentação institucional -, da Baixa Idade Média, é o Tratado de Paris de 1258/1259, também conhecido por Tratado de Abbeville<sup>2236</sup>.

O caso é de um tratado concluído entre Henrique III, Rei da Inglaterra, e Luis IX, Rei da França, cujas condições foram inicialmente acertadas entre os seus representantes, em um ato de 28/05/1258, em Paris, tendo as negociações se encerrado, somente em 09/02/1259, em Londres, com ratificações em 10 e 17 de fevereiro de 1259. Por fim, houve uma assembleia de barões franceses, para fins de ratificação do referido tratado, em local atualmente desconhecido, mas não em Abbeville, segundo Bémont<sup>2237</sup>. Como todas as etapas desse tratado, que proporcionou uma paz de aproximados setenta anos, ocorreram em Paris, Londres

---

<sup>2236</sup> BÉMONT, Charles. **Du Nom du Traité d'Abbeville (28 mai 1258 - 4 décembre 1259)**. In [http://www.persee.fr/doc/bec\\_0373-6237\\_1876\\_num\\_37\\_1\\_446702](http://www.persee.fr/doc/bec_0373-6237_1876_num_37_1_446702). Acesso em 16/01/2016.12:58 h. p. 253/256

<sup>2237</sup> BÉMONT, Charles. op. cit. p. 253/254.

e Cambrai, não sabe o pesquisador afirmar como o nome "Tratado de Abbeville" se popularizou<sup>2238</sup>.

É de notar, logo de início, que o tratado em questão somente se tornou possível, por conta de interesses comuns dos ingleses e do Papa<sup>2239</sup>, na paz com a França. O Rei da Inglaterra, por conta das rebeliões dos barões franceses, de seus domínios no Sul da França, inicialmente apoiados pelo Rei de Castela, havia gasto muito e deveria pedir mais ao Parlamento. Nesse ínterim, a Sicília, que estava sob seu domínio, havia sido invadida pelas tropas do Imperador Manfredo, rival geopolítico do Papa. O Papa Alexandre IV tinha a intenção de que a Sicília ficasse com o filho de Henrique III, Edmundo. Assim, não restava qualquer alternativa ao Rei da Inglaterra, que fazer a paz com o Rei da França<sup>2240</sup>.

Quando o Rei da Inglaterra reúne o Parlamento, para solicitar mais recursos, para a campanha da Sicília, em 02/04/1258, o país já vinha de um ano de más colheitas, havia uma epidemia de peste e os súditos já estavam arruinados, em função das exações já cobradas. Para essa reunião do Parlamento, o Papa enviou um núncio apostólico, com a função de submeter ao Rei da Inglaterra projetos do Papado e de cardeais, relativamente à retomada da Sicília. O mesmo núncio também levava bulas de excomunhão, contra a Igreja da Inglaterra, caso fossem negados os subsídios solicitados pelo Rei.<sup>2241</sup>

A primeira solicitação do núncio apostólico ao Rei da Inglaterra foi que a paz com a França fosse feita. Caso aceita, o Papa daria ao Rei da Inglaterra mil cavaleiros por ano, a fim de que ele enfrentasse Manfredo, na Sicília. Por último, solicitou grandes quantias em dinheiro, que o Rei da Inglaterra não tinha condições materiais de fornecer.<sup>2242</sup>

A única solicitação papal atendida por Henrique III foi realizar a paz com a França, por conta da vitória obtida pelo baronato, na referida sessão, porque se recusavam a custear a campanha da Sicília e tinham interesse na realização da paz com a França.<sup>2243</sup>

Quando os embaixadores de Henrique III foram enviados para a França, para entabular negociações, lá estava o legado do Papa, de nome Mansueto, assistindo as conferências.<sup>2244</sup>

Pelo tratado concluído, São Luis deu ao Rei da Inglaterra os seus feudos e domínios nas dioceses de Limoges, Cahors e Périgueux, salvo as terras de seus irmãos. No que toca aos

---

<sup>2238</sup> Ibid. p. 254.

<sup>2239</sup> GAVRILOVITCH, Michel. *Étude sur le Traité de Paris de 1259 entre Louis IX, Roi de France, & Henri III, Roi D'Angleterre*. Paris: Librairie Émile Bouillon, 1899. p. 18.

<sup>2240</sup> Ibid. p. 18/19.

<sup>2241</sup> Ibid. p. 20.

<sup>2242</sup> Ibid. p. 20.

<sup>2243</sup> Ibid. p. 21.

<sup>2244</sup> Ibid. p. 23.

feudos que possuíam o privilégio de "não ficar fora da Coroa", ficaram sob a jurisdição direta do Rei da França, que indenizaria o Rei da Inglaterra, dentre outros arranjos.<sup>2245</sup>

Por outro lado, o Rei da Inglaterra e seus filhos renunciaram a todos os seus direitos sobre a Normandia, o Condado de Anjou, o Maine, a Touraine, o Poitou, com a exceção de Agen e Quercy, em favor do Rei da França.<sup>2246</sup>

Ambos os reis se perdoriavam pelos danos, causados, em função da guerra, ainda que, sem guerra aberta. Os vassallos e cidades da Aquitânia também asseguravam ao Rei da França, que não dariam dinheiro ou ajuda ao Rei da Inglaterra<sup>2247</sup>.

O tratado foi concluído no Templo de Paris, em 28/05/1258, sendo um exemplar lá depositado, de comum acordo. Os representantes do Rei da Inglaterra, na presença do Rei da França, depois de tocar nos Santos Evangelhos, juraram pela alma de Henrique III, de respeitar os artigos do dito tratado. Os procuradores do Rei da França fizeram a mesma coisa pelo seu soberano, com a ressalva que o Rei da França não se obrigaria a deixar as suas terras ou o seu dinheiro, até que o Rei da Inglaterra houvesse ratificado o tratado e prestado o juramento, em boa e devida forma. Os filhos do Rei da França também juraram o tratado<sup>2248</sup>.

A trégua, que expiraria no dia da festa de São Miguel, foi prolongada até a quinzena da Páscoa seguinte. Ricardo da Cornualha enviou o capelão do Papa, como plenipotenciário, para fazer uma renúncia absoluta de tudo o que possuía na França e confirmar os artigos do tratado. O plenipotenciário assina o acordo com poucas ressalvas, em 08 de junho de 1259 e Ricardo da Cornualha o ratifica, em 20 de junho do mesmo ano. Mas, os termos do acordo ficaram secretos, até 25 de novembro, na Conferência de Cambrai. Após, o Rei da Inglaterra envia embaixadores ao Papa, notificando sobre a conclusão da paz, agradecendo por havê-lo colocado em tratativas com o Rei da França, em primeiro de agosto. Ao mesmo tempo, solicita o envio de um legado a Cambrai, onde foi feito o anúncio formal.<sup>2249</sup>

Porém, o Papa Alexandre IV, em resposta à carta de Henrique III, pede desculpas por não ter tempo de enviar um legado a Cambrai e o encontro formal dos monarcas sequer chegou a ocorrer, porque os barões ingleses não concordaram com a saída do Rei do país, enviando embaixadores à França, para evitar que o Rei da Inglaterra criasse intrigas deles com

---

<sup>2245</sup> Ibid. p. 23.

<sup>2246</sup> Ibid. p. 24.

<sup>2247</sup> Ibid. p. 24/25.

<sup>2248</sup> Ibid. p. 25.

<sup>2249</sup> Ibid. p. 26.

o Rei da França. Porém, o Rei da França não recebeu os enviados do Parlamento, somente aceitando tratar, diretamente com o Rei da Inglaterra.<sup>2250</sup>

O tratado foi, posteriormente, confirmado, com o envio de um membro do Conselho do Rei da França à Inglaterra,<sup>2251</sup> tendo Henrique III comparecido à França, posteriormente, para a ratificação, por convite de São Luis.<sup>2252</sup>

Ora, o que mostra o Tratado de Paris, de 1258/1259, em termos de tipicidade, relativamente ao Direito Internacional da Baixa Idade Média?

Em primeiro lugar, surge a questão da complexa "governança multinível", porque, além do Papa e do Imperador; dos Reis da França, Inglaterra e Castela; havia toda a discussão sobre a vassalagem e os feudos; havia terras da Coroa, do Rei da França e do Rei da Inglaterra, dos seus irmãos, dos seus filhos, dos seus nobres. Todos esses territórios, sobre os quais discute o tratado em tela, no solo da atual França. Também existia o baronato local, que impunha pressão em ambos os reis, especialmente mais forte, através da representação no Parlamento inglês, a ponto de impedirem o Rei da Inglaterra de viajar à França. Isso seria impensável, na Idade Moderna, porque houve um fortalecimento do poder real, relativamente ao poder de seus nobres e clero.

A noção de espaço da Baixa Idade Média é igualmente perceptível, porque não existe uma fronteira nacional nítida, com a superposição de poderes de diferentes níveis, com o entrecruzamento de possessões, nos diversos territórios, em função de herança e casamento, pois, naquela época, a diferenciação entre o público e o privado era nebulosa. Havia pequenos trechos de terra, sobre o qual, havia um domínio pessoal.

Um terceiro elemento importante é o papel da religião católica, a começar pelo importante peso do Papa na geopolítica europeia, que intervinha nos negócios internos dos reinos, a ponto de ameaçar de excomunhão quem se opusesse a enviar-lhe dinheiro, para a campanha de retomada da Sicília. Mais, ainda, todo o processo de negociação foi acompanhado, desde o início, por enviados papais, no interesse das próprias partes envolvidas, porque isso conferia mais cerimônia aos atos. O Papa era pessoalmente informado, a todo o momento, do andamento das negociações e do seu atraso, especialmente, após a recusa do Parlamento inglês do envio de Henrique III para a França.

Por fim, no próprio rito de celebração do tratado, havia um juramento sobre a Bíblia, dos representantes reais, pela alma do rei. Isso comprova o peso da ideologia comum, de

---

<sup>2250</sup> Ibid. p. 27.

<sup>2251</sup> Ibid. p. 28.

<sup>2252</sup> Ibid. p. 35.

índole religiosa, sobre as formas jurídicas. Evidentemente, nesse período ainda não haviam ocorrido as grandes navegações, nem a Reforma. Trata-se do período imediatamente anterior ao início à análise de Schmitt.

Em um momento seguinte à queda de Constantinopla, com a evolução tecnológica, em vários setores, além da acumulação de capital, com o crescimento do comércio; operou-se uma transformação, com a mudança do eixo do Mediterrâneo para o Atlântico, beneficiando as potências marítimas. Mas, em um primeiro momento, são soberanias continentais ("*Behemoths*") católicas, como Espanha e Portugal, que controlam esse espaço novo.

Um momento decisivo na relação entre esses "*Behemoths*" católicos ocorreu em 07 de junho de 1494, com a celebração do Tratado de Tordesilhas, através do qual, faziam uma divisão do mundo, sendo o acordo bastante revelador das características típicas da "*Gestalt*" do Direito Internacional, do início do período moderno.

Uma forma de ver o problema da alternância entre fragmentação e unificação do Direito Internacional é através do *nomos* da terra, como demonstra Schmitt, ao referir ao Tratado de Tordesilhas, através do qual, uma bula papal realizou a divisão entre as duas grandes potências da época - porque, afinal de contas, eram ambas católicas. Enquanto as guerras de religião não tinham impactado nessa divisão, havia unificação. A partir do momento em que a Reforma subtraiu poder ao Papa, passou a ocorrer uma luta entre católicos e protestantes, pelos novos territórios<sup>2253</sup>, de modo que o *nomos* anterior deixou de operar e nenhum ficou no lugar.

Convém ressaltar a opinião de Moreira<sup>2254</sup> sobre o dito acordo, destacando que o Tratado de Tordesilhas, não apenas realizou uma divisão territorial, como marcou o desenvolvimento de três linhas políticas, na História: o começo da execução do projeto de Euromundo, com a submissão da totalidade do globo ao governo das potências marítimas; a definição de uma "política colonial" do Papado, afirmando o autor, ter essa política colonial recebido uma forma laica, em período posterior, com a Organização das Nações Unidas - a corroborar a opinião já apresentada na presente tese, de que o valor mais importante, de natureza religiosa (bem), oriundo da Idade Média, foi substituído pelos direitos humanos, nos dias atuais -; e a mudança da concepção das relações internacionais.

---

<sup>2253</sup> SCHMITT, Carl. *Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal*. op. cit. p. 62.

<sup>2254</sup> MOREIRA, Adriano. *Tratado de Tordesilhas, de 7 de junho de 1494*. Lisboa: Nação e Defesa, n. 70, abril/junho 1994. p. 12.

O projeto de um Euromundo, como salienta Moreira<sup>2255</sup>, previa que Lisboa fosse tornar-se a "Nova Roma" e que, por ela, seriam "dadas leis melhores ao mundo", porque a Europa seria "cristã e mais alta e clara" que os demais "em política e fortaleza". Havia aí, um nítido projeto de dominação mundial, católico em natureza (projeto cristocêntrico), mas obra dos "Estados laicos ocidentais", "em guerra civil interior", como afirma<sup>2256</sup>.

Nesse ponto, há uma importante afirmação, que marca a diferença entre o Tratado de Paris, de 1258/1259 e o de Tordesilhas, de 1494. No anterior, o Rei da França e da Inglaterra tinham muito menos poder relativo, em seus próprios territórios. Externamente, o Papa exercia pesado poder de influência sobre ambos. Pois, já na época do Tratado de Tordesilhas, a paz foi negociada pelos Reis soberanos, de Estados, que já começavam a fazer despontar características modernas. A Santa Sé apenas teria consagrado o acordo entre as realezas<sup>2257</sup>.

Apesar de serem poderes católicos e dos termos do tratado<sup>2258</sup> ainda conservarem elementos de cunho religioso (como se vê, *verbis*: ...em nome de Deus Todo-Poderoso, Padre, Filho e Espírito Santo, três pessoas realmente distintas e uma só essência divina...), ou ainda, "Outrossim vos damos poder comprido pera que possais jurar e jureis em nossas almas que nós e nossos herdeiros e sucessores,..."), ele foi assinado somente pelos representantes dos Reis da Espanha e Portugal, segundo os seus próprios interesses.

Segundo Moreira, com o Tratado de Tordesilhas, a então Respublica Christiana se transformava no "Ocidente dos Estados", no intuito de executar o seu projeto colonizador e unificador do globo<sup>2259</sup>.

A nova "Gestalt" do Direito Internacional, da primeira fase da Idade Moderna, do início das Grandes Navegações e domínio dos "Behemoths" católicos, pode ser resumida da seguinte forma: "*a Cidade de Deus...fornece a ética, mas o Estado afirma-se soberano*"<sup>2260</sup>.

Esse processo de colonização do mundo, iniciado pelas potências católicas, que teve início com o Tratado de Tordesilhas, somente teria vindo a encontrar seu fim nas Conferências de Berlim, de 1885<sup>2261</sup>, lapso temporal em que existia a Europa e o "resto do mundo" a ser conquistado. Tudo isso demandava uma política colonial.

---

<sup>2255</sup> Ibid. p. 12.

<sup>2256</sup> Ibid. p. 12.

<sup>2257</sup> Ibid. p. 12.

<sup>2258</sup> [http://purl.pt/162/1/brasil/obras/tratado\\_tordesilhas/ficha.html](http://purl.pt/162/1/brasil/obras/tratado_tordesilhas/ficha.html). Acesso em 16/01/2016.12:11 h. p. 1.

<sup>2259</sup> MOREIRA, Adriano.op. cit.p. 12.

<sup>2260</sup> Ibid. p. 12/13.

<sup>2261</sup> Ibid. p. 13.

Coube à Igreja, ainda nessa época, esse papel de "definidora de uma doutrina geral dos contratos coloniais", porque era vista como detentora do poder indireto sobre as coisas temporais e detentora do poder espiritual, exercido por órgãos próprios ou pelos Estados.<sup>2262</sup>

Exatamente por conta dessa formulação de políticas coloniais, em termos éticos, que era a Igreja quem legitimava essa expansão cristã pelo resto do mundo, o que se dava pela via das bulas papais. Nesse mesmo sentido, foi baixada a Bula *Romanus Pontifex*, de 08 de janeiro de 1454, de Nicolau V; a Bula *Aeterni Regis Clementia*, de Sisto IV, de 21 de junho de 1481; a Bula *Inter Coetera*, de 04 de maio de 1493, de Alexandre VI; e a Bula *Ea quae pro bono pacis*, em 1505, de Julio II. Ora, com base no poder indireto sobre as coisas temporais, o Papa estabelecia limites, no interesse da expansão da fé católica. Esses limites diziam respeito ao respeito à ação de outro príncipe e os termos em que há legitimidade na expansão<sup>2263</sup>.

Porém, já há uma fragmentação desse Direito Internacional, por ocasião em que Vitória<sup>2264</sup> provoca uma mudança no Direito, com o "esgotamento das funções da Santa Sé"<sup>2265</sup>, nesse mister de imposição de limites, com sua substituição pelo direito natural. Essa fragmentação é revelada, por exemplo, pela busca de um *totus orbis*, que possa reunificar a *Respublica Christiana*, bem como, pela diferença de tratamento dada aos europeus e aos nativos das terras conquistadas e pela diferença de tratamento que a guerra recebe no continente e no além-mar - que Schmitt chama de "humanização/desumanização da guerra"<sup>2266</sup>. Mas, também, pela impossibilidade de utilização do aparato ético da religião católica e da autoridade dos Papas, a partir do momento em que sobrevém a Reforma Protestante e somente um direito laico<sup>2267</sup> pode regular as relações entre os conquistadores.

Inicialmente, os poderes católicos sofrem competição dos hugenotes franceses - que perderam a guerra de religião na França, o que ficou evidenciado pela Noite de São Bartolomeu e pela conversão de Henrique VII ("Paris bem vale uma missa") e fuga dos hugenotes para colônias americanas e para outros locais na Europa, como a Holanda e a Prússia -, dos holandeses - que empreenderam as maiores revoluções tecnológicas para a

<sup>2262</sup> Ibid. p. 13.

<sup>2263</sup> Ibid. p. 14.

<sup>2264</sup> VITÓRIA, Francisco de. **Relecciones sobre los Indios y el Derecho de Guerra**. 3 ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1975.p. 31/107. Nessa obra, o doutrinador mostra que o Papa e o Imperador não possuem poder temporal suficiente para tratar a questão dos gentios e das novas terras, afirmando a validade do direito natural.

<sup>2265</sup> MOREIRA, Adriano.op. cit.p. 21.

<sup>2266</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. op. cit. p. 58/60.

<sup>2267</sup> THEUTENBERG, Bo Johnson. **Mare Clausum et Mare Liberum**. Calgary: Arctic, vol. 37, n. 4, dezembro/1984. p. 491.



conquista do Atlântico - e, finalmente, dos ingleses. Tudo isso, com auxílio da privatária (companhias de comércio) e dos corsários<sup>2268</sup>.

Esse período, de lutas continentais entre as potências católicas e protestantes, bem como, de disputas nos mares, entre essas mesmas forças, inclusive as forças privadas dos protestantes contra as estatais, das potências católicas, caracteriza uma enorme fragmentação do Direito Internacional. Há de se levar em conta que o uso do direito natural, preconizado por Vitoria e Grotius<sup>2269</sup>, dentre outros, traz o problema da "naturalidade" desse direito servir aos interesses de quem o invoca, em cada situação concreta, não sendo possível consultar as "tábuas da lei", a cada situação, na qual cada qual invoca um pretense direito natural. A quebra da uniformidade ideológica, pelo descarte da regulação de base religiosa, por força da Reforma Protestante, foi a mãe dessa fragmentação.

Tanto é verdade, que causou celeuma em toda Europa o fato dos holandeses iniciarem guerras de agressão, pouco tempo depois de terem tido de se rebelar, em seus territórios, contra a Espanha. Não era convencional, como salientou Tuck<sup>2270</sup>, a campanha de agressão movida nas Índias, para abrir rotas de comércio e fazer dinheiro. Evidentemente, não era "convencional", porque, originalmente, quem estabelecia esses limites éticos, para os príncipes, era a Igreja. A partir do momento, em que não se podia mais usar o aparato católico, para dizer qual seria esse limite e para zelar pela sua aplicação, com a Reforma Protestante, eles passaram a ser traçados pelas "normas que não são dificilmente encontradas", que "são fáceis de serem compreendidas" e "cresceram com todo mundo", "estando gravadas nas mentes de todos"<sup>2271</sup>.

Desnecessário dizer que, quando esses limites passam, supostamente, a se originar "da cabeça de cada um", não sendo mais baixados ou revelados uniformemente, por uma autoridade<sup>2272</sup>, que também se encarregava de zelar pela sua aplicação, o resultado só pode ser fragmentação.

<sup>2268</sup> SCHMITT, Carl. *Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal*. op. cit. p. 61/62.

<sup>2269</sup> GROTIUS, Hugo. *The Free Sea or A Disputation Concerning the Right which the Hollanders Ought to Have to the Indian Merchandise for Trading*. Indianapolis: Liberty Fund, 2004. p. 5/8. Para justificar o uso do direito natural e não o direito baseado na religião católica, Grotius lança mão do mesmo argumento que se pode usar contra os seus próprios argumentos, porque diz que "esses homens pensam que as leis e a equidade foram inventadas para esse propósito, que as suas discussões e tumultos possam se restringir a quem nasceu em condição de obediência, mas os que estão situados no alto da fortuna dizem que todo o direito deve ser medido pela vontade e a vontade pelos lucros."

<sup>2270</sup> TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 80.

<sup>2271</sup> GROTIUS, Hugo. op. cit. p. 8.

<sup>2272</sup> SCHMITT, Carl. *Tierra y Mar. Una Reflexión sobre la Historia Universal*. op. cit. p. 62.

Sobre esse período de fragmentação, vale fazer referência a um documento bem característico da época, que é o Tratado de Westminster<sup>2273</sup>, de 1654, que foi um dos tratados que pôs fim a guerras entre ingleses e holandeses, as principais potências marítimas protestantes, que disputavam o domínio dos mares.

No corpo do referido tratado não há uma única menção a Deus ou qualquer outro elemento religioso - pelo que a pesquisa demonstrou, a referência feita, normalmente, é à Santíssima Trindade -, a demonstrar a prevalência do Racionalismo<sup>2274</sup>. Mais do que isso, é um tratado sucinto, com trinta itens bem delimitados. O mais interessante é que, ao final, as partes elegem os cantões protestantes da Suíça, para fins de arbitragem, acerca de qualquer pendenga, decorrente do referido tratado. Há, portanto, uma nítida similaridade do processo de fragmentação com desestatização, vivido atualmente, com aquele iniciado pelo conflito entre as soberanias continentais europeias católicas e os "privateers" e corsários protestantes<sup>2275</sup>.

Já se antecipa, com o Tratado de Westminster, de 1654, uma época em que os Estados se submeterão à arbitragem, em suas querelas com outros Estados, por força de tratados, que mais parecem contratos entre pessoas privadas, o que pode ser explicado pela observação de Schmitt sobre a diferença entre o Leviatã e o Behemoth, no que toca ao Direito Público, anteriormente falada. Evidentemente, isso também se reflete na forma como o Leviatã se apresentaem suas relações externas, em seus tratados internacionais.

Esse quadro de fragmentação só começa a ser revertido pela Paz de Westphalia<sup>2276</sup>, que consagra o sistema continental europeu, baseado em Estados soberanos. Um dos tratados constitutivos da Paz de Westphalia, o de Munster, acordado entre o Santo Império Romano Germânico e a França e seus aliados, em 24 de outubro de 1648, por exemplo, demonstra grande diferença em relação ao Tratado de Westminster, acordado somente entre Estados protestantes. Nele, não há a concisão do outro tratado referido, nem há o aspecto negocial e laico lá observado. pelo contrário, o Tratado de Munster se inicia com uma referência à Trindade ("*in the name of the most and individual Trinity:...*")<sup>2277</sup>, da mesma forma que o

<sup>2273</sup> <http://www.europeantreaties02deveuoft.pdf>. Acesso em 16/01/2016. 17:47 h.

<sup>2274</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre la Historia Universal**. op. cit. p. 57.

<sup>2275</sup> Ibid. p. 17/19. Textualmente, *verbis*: "*But if the said commissioners shall not agree respecting the said differences thus particularly exhibited and expressed in writing, within the space of three months, to be reckoned from the said eighteenth day of May, in that case the said differences shall be submitted, as by these presents they are submitted, to the judgement and arbitration of the Protestant cantons of Switzerland, who, by an instrument at this same time agreed on with them, shall be requested to assume that arbitration and to appoint similar commisioners for that purpose, ...*"

<sup>2276</sup> [http://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/westphal.asp](http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp). Acesso em 16/01/2016. 18:25 h.

<sup>2277</sup> Ibid. p. 1.

Tratado de Tordesilhas. Há cento e vinte e oito itens, nos quais, há muita narrativa, como ocorre, por exemplo, com o item IX<sup>2278</sup>, o que contrasta impressionantemente com a praticidade e clareza do Tratado de Westminster. Diversamente daquele, não há qualquer menção a meios alternativos de solução de controvérsia, na hipótese de descumprimento ou dúvida sobre o tratado.

Muito embora fosse uma tentativa de por fim às Guerras de Religião na Europa, portanto, envolvendo católicos e protestantes, os Tratados de Westphalia tinham como signatários os "Behemoths", as soberanias continentais europeias. Muito interessante notar que, apesar do pouco tempo que separa o Tratado de Westminster (1654) e o Tratado de Munster (1648), eles em nada se parecem. Isso também serve como uma corroboração da afirmação de Schmitt, de que a conquista britânica do mar, levou à formação de duas formas de regular o espaço, completamente distintas, separando terra e mar<sup>2279</sup>.

Com o Tratado de Utrecht, garantiu-se a hegemonia dos mares para a Inglaterra e a regulação desse espaço, com base em regras distintas daquelas do continente europeu, baseada na liberdade de navegação e comércio, o que pode ser explicado, dentre outros motivos, pelo fato da Inglaterra ter tido um desenvolvimento político-jurídico-institucional completamente diverso das soberanias continentais europeias, por não ter tido Estado absolutista, soberania levada às últimas consequências, legalismo, constituição escrita e pelo fato do seu setor privado sempre ter tido poder, além de ser um império comercial<sup>2280</sup>.

Assim, como enfatiza Schmitt, "os filhos do leão converteram-se em filhos do oceano"<sup>2281</sup>, encarnando o Leviatã, ao mesmo tempo em que a Holanda - ameaçada por Luis XIV e a França, acabaram por virar-se para a terra<sup>2282</sup>.

Quando o continente europeu, nos séculos XVIII e XIX estabiliza-se, fazendo surgir um "Direito Internacional cristão-europeu"<sup>2283</sup>, ou seja, forma-se uma comunidade de povos cristãos na Europa, uma "família de nações", uma "ordem interestatal", em oposição ao resto do mundo. Assim, o *jus gentium* passou a diferenciar entre civilizados e não-civilizados, sendo a missão cristã "civilizar" os demais povos. Os povos civilizados jamais poderiam ser

---

<sup>2278</sup> Ibid. p. 4. *Verbis: "IX - Since the Arrest the Emperor has formely caus'd to be made in the Provincial Assembly, against the moveable Effects of the Prince Elector of Treves, which were transported into the Duchy of Luxemburg, tho releas'd and abolish'd, yet at the instance of some has been renew'd; to which has been added a Sequestration, which the said Assembly, has made the Jurisdiction of Burch, belonging to the Archbishoprick, and the Moiety of the Lordship of St. John, belonging to John Reinbard of Soeteren, ..." .*

<sup>2279</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal.** op. cit. Ibid. p. 67.

<sup>2280</sup> Ibid. p. 41.

<sup>2281</sup> Ibid. p. 45.

<sup>2282</sup> Ibid. p. 47.

<sup>2283</sup> Ibid. p. 59.

sujeitos, apenas objetos, nesse novo Direito Internacional, o que explica a diferença do *nomos* da terra, comparando-se o continente europeu com os demais, onde se formaram colônias e protetorados<sup>2284</sup>.

Aliás, para compreender plenamente o sentido da expressão *nomos*, convém observar as lições de Schmitt sobre os três significados do verbo grego *nemein*, que teria originado o verbo “*nehmen*”, em idioma alemão: tomar, dividir e explorar<sup>2285</sup>. Ou seja, a regulação no continente de senhores, formando uma família cristã, caminhava no sentido da humanização, ao mesmo tempo em que, nas colônias e terras a conquistar, valia de tudo.

É de se notar que Schmitt traça uma diferença sutil entre os protestantes, porque observa que os luteranos estariam ligados a tendências continentalistas, enquanto o calvinismo, por seu turno, teria forte irmandade espiritual com as tendências maritimistas, o que poderia ser demonstrado, segundo ele, pelo fato do poder da Hansa e dos alemães, no Báltico, terem encontrado o seu fim, durante o período luterano<sup>2286</sup>. Em realidade, passou-se com a Hansa e o poder marítimo germânico, mais ou menos o mesmo que ocorreu com Veneza, porque a perda de poder coincide com a passagem do período talássico para o período oceânico.

O ponto culminante dessa enumeração de ciclos, que correspondem aos combates entre o Leviatã e o Behemoth, por Schmitt, está na constatação de que, com a hegemonia inglesa dos mares, houve a separação terra-mar, porque a terra firme passou a pertencer a uma dezena de Estados soberanos, enquanto os mares passaram a ser de ninguém, não se submetendo a qualquer soberania<sup>2287</sup>. Essas duas tendências opostas, esses dois *nomos*, com lógicas totalmente diversas, moldaram o Direito Internacional clássico.

Não poderia ser outra a consequência dessa dualidade, que não, o aprofundamento da natureza fragmentada desse Direito Internacional, não apenas pelo fato de basear-se na vontade dos Estados soberanos, que é multifacetada, por definição, como também, porque da dualidade fundamental terra-mar decorre que inúmeras concepções jurídicas, como a da guerra, por exemplo, tornam-se dúbias. Assim, por exemplo, para a guerra terrestre, há regras, já que se baseia em uma relação de natureza consensual entre os Estados; por outro lado, no que toca à guerra marítima, ela é total, não distinguindo civis e militares, partindo da ideia de destruição do comércio e da economia do inimigo, do cerco<sup>2288</sup>.

---

<sup>2284</sup> Ibid. p. 59.

<sup>2285</sup> Ibid. p. 58.

<sup>2286</sup> Ibid. p. 66.

<sup>2287</sup> Ibid. p. 67.

<sup>2288</sup> Ibid. p. 68.

Outra transformação, verificada por Schmitt, se dá entre a Guerra da Criméia - na qual, os navios ainda eram movidos a vela - e a Guerra de Secessão - quando os navios já eram vapores encouraçados. Trata-se da transformação do Leviatã, de peixe em máquina<sup>2289</sup>. Após, a Revolução Industrial e dos transportes, um grande período de livre comércio e de supremacia militar, econômica e industrial inglesa, mudou-se a relação entre o homem e o mar<sup>2290</sup>.

Não por acaso, ao final do século XIX, espoucam tratados e convenções internacionais sobre temas de ordem técnica, como é o caso da Convenção Telegráfica Universal, de Paris (1865)<sup>2291</sup>, cuja redação muito se assemelha à redação dos tratados internacionais atuais, vindo acompanhada de um regulamento internacional. Inaugurou-se, nesse período, o uso do Direito Internacional como instrumento para a solução colaborativa, de diversos problemas globais, que não fazer a guerra ou celebrar a paz, inserindo uma diversidade de temas no seu âmbito.

Apenas para demonstrar a mudança operada nos tratados internacionais, convém fazer menção ao artigo 33 da dita convenção internacional, exemplificativamente, que tratava da extensão máxima das palavras nas mensagens telegráficas<sup>2292</sup> e outros aspectos padronizadores. É a materialização da "*unidade técnica do mundo*", o que, para bem ou para mal, é uma pulsão de unificação, constituindo o início da marcha do Direito Internacional na direção de sua progressiva institucionalização.

Também no final do século XIX, há uma mudança de paradigma, na política colonial, o que ocorreu com a Conferência de Berlim, de 1885. A referida conferência foi convocada porque a disputa por terras na África acirrava a competição entre os impérios e trazia risco iminente de guerra. Porém, como assinalou Shih-tsung, ela não ocorreu para colocar uma ordem no caos, mas para verificar a possibilidade de adoção de uma regra universalmente aceita para a colonização na África<sup>2293</sup>.

A dita conferência envolveu quatorze Estados, incluindo quase todos os europeus, menos a Suíça, mais a Turquia e os Estados Unidos - a comprovar o seu novo *status*

<sup>2289</sup> Ibid..p.74/75.

<sup>2290</sup> Ib id.p. 75.

<sup>2291</sup> <http://www.itu.int/en/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/constitutionsConventions/5.1.61.fr.200.pdf>. Acesso em 17/01/2016. 16:45 h.

<sup>2292</sup> Ibid. *verbis*: "Art. 33. O máximo de extensão de uma palavra é fixado em sete sílabas: o excedente é contado como uma palavra. As expressões reunidas por um traço são contadas pelo número de palavras que as formam. As palavras separadas por um apóstrofe são contadas como se fossem palavras isoladas...(*omissis*)..."

<sup>2293</sup> SHIH-TSUNG, Wang. **The Conference of Berlin and British 'New' Imperialism, 1884-85**. In [http://140.142.79/publish/pdfs/22/22\\_08.pdf](http://140.142.79/publish/pdfs/22/22_08.pdf). Acesso em 17/01/2016. 17:02 h. p. 191.

geopolítico. Durou de 15 de novembro de 1884 até 26 de fevereiro de 1885, tendo sido pouco efetiva<sup>2294</sup>.

Diz Shih-tseng que a intenção do Chanceler alemão Bismarck em chamar potências de segunda ordem e que sequer tinham interesse na colonização da região era o de conferir maior validade possível às resoluções ali tomadas<sup>2295</sup>.

Um dos motivos da convocação da conferência foi o tratado assinado entre Portugal e o Reino Unido, em 26 de fevereiro de 1884, dois meses depois de formarem uma comissão para controlar a navegação no Rio Congo, o que levou a Bélgica a se socorrer com a França, que protestou e levou o Império Alemão a intervir, sob a alegação de necessidade de introduzir, na colonização africana, os princípios de igualdade e comunhão de interesses, que teriam sido bem sucedidos na ocupação do Oriente. As antigas potências coloniais africanas tentavam impedir as novas de obter territórios, mas diante da oposição, o acordo entre o Reino Unido e Portugal foi tornado nulo<sup>2296</sup>.

Assim, a Ata Final compreende seis capítulos, envolvendo a liberdade de comércio e navegação no Rio Congo e no Rio Niger, a supressão da escravidão e do tráfico de escravos e o estabelecimento de certas regras uniformes, com referência a futuras ocupações, na Costa da África<sup>2297</sup>. Um dos méritos do tratado, nesse último sentido, foi estabelecer o Princípio da Efetiva Ocupação, como critério para legitimação da posse de terras coloniais. Assim, a colonização teria de ser efetiva, para ser legítima (artigo trinta e cinco).<sup>2298</sup>

Dessa forma, não bastava alegar a existência da posse, mas, a manutenção de um poder local, com meios suficientes para manter a ordem e assegurar o regular exercício de autoridade, nos limites do território ocupado. Ou seja, não poderia ser uma ocupação "falida" - fazendo-se menção aos atuais "Estados falidos" -, bem como, seria necessário o "consentimento voluntário dos nativos", conforme aprovado por sugestão norte-americana, algo que jamais se revelou um verdadeiro obstáculo para a anexação.<sup>2299</sup> A convenção também popularizou o termo "esfera de influência", que era um prelúdio para o protetorado e o protetorado, por sua vez, para a colônia.<sup>2300</sup> Por sugestão norte-americana, também adotou-se

---

<sup>2294</sup> Ibid. p. 192.

<sup>2295</sup> Ibid. p. 192/193.

<sup>2296</sup> Ibid. p. 194.

<sup>2297</sup> Ibid. p. 196.

<sup>2298</sup> Ibid. p. 197.

<sup>2299</sup> Ibid. p. 198.

<sup>2300</sup> Ibid. p. 199.

na convenção a Doutrina do Hinterland, segundo a qual, quem ocupasse a costa, teria preferência na ocupação do interior correspondente<sup>2301</sup>.

Muito embora se diga que a importância da conferência em questão tenha sido amplamente exagerada<sup>2302</sup>, o fato é que, no julgamento do Caso Oscar Chinn (Reino Unido vs. Bélgica), nos votos em separado dos juízes Van Eysinga e Scücking, perante a Corte Permanente de Justiça Internacional<sup>2303</sup>, a Conferência de Berlim foi considerada "uma constituição para a África Central"<sup>2304</sup>. Nesse julgamento, entendeu-se, por seis votos a cinco, que a Bélgica não teria violado as suas obrigações internacionais, ao estabelecer um verdadeiro regime de monopólio na navegação fluvial, no Rio Congo, de modo que, se considerou prejudicado o pleito indenizatório do cidadão inglês, que era proprietário de uma empresa privada de navegação, no mesmo rio.

Por ser uma primeira tentativa de organizar a ocupação colonial, desde a época em que o Papado deixou de exercer esse papel, com a Reforma Protestante, sem dúvida alguma, a Conferência de Berlim, apesar de seus resultados duvidosos, caracteriza a força dessa pulsão unificadora, no caminho de uma "*Gestalt* de cooperação", que vinha modificando o Direito Internacional, desde as convenções de caráter técnico, acima referidas. Trata-se da formação da chamada "sociedade internacional".

Também, nesse mesmo período, o transporte marítimo tornou-se mais seguro e eficiente, o que fez com que, geopoliticamente, a pequena ilha (Inglaterra) se tornasse demasiado pequena, dando lugar à grande ilha (Estados Unidos), em posição estratégica superior e com maiores recursos<sup>2305</sup>. A partir, portanto, do início do século XX, o eixo de poder já começa a deslocar-se para o outro lado do Atlântico e o Leviatã tornou-se ainda mais forte.

Resumindo essa descrição da alternância do poder marítimo, em períodos delimitados pela mudança tecnológica, inspirada por Schmitt, demonstra-se que ela também permite identificar períodos de unificação e fragmentação no Direito Internacional, o que é corroborado pela análise dos documentos internacionais mais característicos de cada período e de opiniões doutrinárias. Mas, a reflexão de Schmitt, embora contenha ciclos, como ele próprio indicou, não se relaciona com a ideia de Eterno Retorno.

<sup>2301</sup> Ibid. p. 201.

<sup>2302</sup> CRAVEN, Matthew. **Between Law and History: The Berlin Conference of 1884-1885 and the Logic of Free Trade**. Londres: London Review of International Law, vol. 3, Assunto 1, 2015. p. 33.

<sup>2303</sup> [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_AB/AB\\_63/01\\_Oscar\\_Chinn\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_63/01_Oscar_Chinn_Arret.pdf). Acesso em 17/01/2016. 18:09 h.p. 1/88.

<sup>2304</sup> Ibid. p. 49.

<sup>2305</sup> SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal**. op. cit. p.77/78.

Esclarece-se ainda que, apesar da utilização da expressão "Eterno Retorno" em determinados momentos da tese, como nas ocasiões em que se afirmou a existência de uma Nova Idade Média, os escritos filosóficos de Nietzsche não servem para sustentar teoricamente esse ponto de vista, já que o referido filósofo, segundo Meca, jamais se debruçou sobre a verdadeira essência do tempo, mas, "a expressão de um desafio" e "uma tarefa para a vontade"<sup>2306</sup>.

De qualquer modo, ressalta-se que visão de Nietzsche sobre o tempo e, conseqüentemente, sobre a História, se opõe à Filosofia da História de Schmitt, de natureza cristã, baseada na irrepitibilidade dos fatos, tratando-se de uma concepção metafísica de tempo linear<sup>2307</sup>.

No que toca às visões de Spengler, Eliade e Toynbee, que admitem a ideia de ciclos, inclusive os culturais, optou-se por fazer referência às mesmas no primeiro capítulo, que trata de questões metodológicas, eis que são, muito mais, premissas do trabalho do que um desenvolvimento do raciocínio, na tentativa de se demonstrar o acerto de alguma assertiva.

Retornando ao campo jurídico, os ciclos de fragmentação e unificação também são referidos por Martineau, que se pergunta se a fragmentação do Direito Internacional não seria uma "renovação repetida do pensamento", o que remete à ideia de ciclos<sup>2308</sup>.

De fato, Martineau sustenta que o debate atual, sobre as transformações do Direito Internacional, não se preocupa em discutir a real existência da fragmentação do Direito Internacional, como fenômeno, mas se ele é positivo ou negativo.<sup>2309</sup> Porém, como o Direito Internacional já passou por períodos de crise, anteriormente, indaga ela, qual seria a pertinência da noção de fragmentação, para descrever a realidade atual? Haveria uma transformação real e profunda do Direito ou mera ilusão de ótica, engendrada pela repetição do pensamento?<sup>2310</sup>

Para responder a tais questões, a doutrinadora recua na História do Direito Internacional, mais ou menos, como se faz no presente trabalho, com o intuito de "medir a

---

<sup>2306</sup> MECA, Diego Sanchez. **Nietzsche ou a Eternidade do Tempo**. In <http://www.cadernosnietzsche.unifesp.br/home/item/252-nietzsche-ou-a-eternidade-do-tempo>. Acesso em 25/11/2016. 15:14 h. p. 1/11.

<sup>2307</sup> Ibid. p. 8.

<sup>2308</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte. **La Fragmentation du Droit International: Un Renouveau Répété de la Pensée ?** In [http://www.esil-edu.eu/english/Paris\\_Agora\\_Papers/Martineau.PDF](http://www.esil-edu.eu/english/Paris_Agora_Papers/Martineau.PDF). Acesso em 28/07/2009. 16:19 h. p. 1/14.

<sup>2309</sup> Ibid. p. 1.

<sup>2310</sup> Ibid. p. 1.



amplitude dos debates atuais"<sup>2311</sup>, para identificar os "elementos de permanência" e os "de ruptura" - o que, por sua vez, remete às forças históricas de fragmentação e unificação, pulsões de vida e morte. Nesse sentido, diz ela que a noção de "fragmentação" remete a vários fenômenos distintos, ao longo do tempo, bem como, traz consigo o pressuposto sistêmico<sup>2312</sup>. Isso faz todo o sentido, quando se observa que cada época experimentou uma diferente "*Gestalt*" de Direito Internacional, onde "unificar" ou "fragmentar" tinham sentidos específicos, que eram peculiares a cada uma dessas configurações. Da mesma maneira, no longo prazo, o que é observável na "*Gestaltung*" do Direito Internacional é a repetição, exatamente, como nota Martineau.

Observa, inteligentemente, Martineau, que o termo "fragmentação" possui duas acepções: um processo (de fragmentação) e um resultado (direito fragmentário). Porém, em função disso, haveria um aparente paradoxo na afirmação de fragmentação do Direito Internacional, porque, se o direito é fragmentado, não haveria qualquer relevância, na sua fragmentação; por outro lado, se ele se fragmenta, não poderia já ter sido fragmentário<sup>2313</sup>.

Porém, esclarece Martineau, a alegação atual de fragmentação não diz respeito à pauperização normativa de um direito, que regula apenas as relações entre os Estados. Pelo contrário, hoje, o que se alega, não é pauperização normativa, mas proliferação caótica de regimes especializados por matéria ou por região.<sup>2314</sup>

Assim, o sentido atual de fragmentação é uma negação do sentido estático do termo - de que o Direito Internacional seria imanentemente fragmentário -, pressupondo a ideia de um sistema anterior ao processo desencadeado.<sup>2315</sup> É bastante diferente do que se falava, por exemplo, no início do século XX. Por isso, afirma Martineau, que a posição dos internacionalistas, no tocante ao fenômeno, oscila, de forma recorrente e cíclica<sup>2316</sup>.

É nesse ponto que o pensamento de Martineau encaixa-se, exatamente, em uma visão cíclica da alternância entre as pulsões históricas de fragmentação e unificação. Ela faz referência a uma predominância das pulsões de unificação, ao menos, no discurso dos doutrinadores, nas seguintes fases: 1870 até 1914<sup>2317</sup>, 1925 até 1939<sup>2318</sup>, 1969 até 1989<sup>2319</sup>.

---

<sup>2311</sup> Ibid. p. 2.

<sup>2312</sup> Ibid. p. 2.

<sup>2313</sup> Ibid. p. 2.

<sup>2314</sup> Ibid. p. 2.

<sup>2315</sup> Ibid. p. 2.

<sup>2316</sup> Ibid. p. 4.

<sup>2317</sup> Ibid. p.5.

<sup>2318</sup> Ibid. p. 7.

<sup>2319</sup> Ibid. p. 11.

Por outro lado, os períodos de fragmentação, com base no discurso dos internacionalistas, seriam: 1914 até 1925<sup>2320</sup>, 1939 até 1969<sup>2321</sup> e de 1989 em diante<sup>2322</sup>.

Esses períodos não coincidem, de forma exata, com aquelas fases, já destacadas na presente tese, mas é importante relevar tratar-se de mais uma opinião, no sentido da existência de ciclos de fragmentação e de unificação do Direito Internacional. A divergência entre as fases pode ser explicada pelo método de aferição da predominância dessas forças, porque o método utilizado por Martineau é o da análise do discurso dos internacionalistas, com base em trabalho anterior de Kennedy<sup>2323</sup>.

O texto de Kennedy trata, criticamente, de "renovação de pensamento" no Direito Internacional, mostrando, por exemplo, que um advogado internacionalista de 1875 poderia conversar, facilmente, com outro de 1995, concordando sobre os pontos onde o Direito Internacional falhou e quais seriam os passos necessários para ele voltasse aos eixos<sup>2324</sup>.

Afirma Kennedy, que o período existente entre 1871, passando pelas Conferências de Haia da década de noventa, do século XIX, até a Primeira Guerra Mundial, foi um período liberal, cosmopolitano e internacionalista, que consolidou, na sua opinião, muito do que se entende hoje por "novo pensamento" sobre o Direito Internacional<sup>2325</sup>. Não por coincidência, Kennedy situa esse período de "renovação do pensamento" na mesma época em que a tese menciona as conferências sobre matéria técnica, para a solução de problemas globais, a tentativa de ordenar a partilha da África, com a Conferência de Berlim, bem como, a renovação da ideia de sistema em Direito Internacional. Trata-se de um ciclo em que a força unificadora do Direito Internacional estava em ascensão.

A partir da Primeira Guerra Mundial, se tem um ciclo de fragmentação, que Kennedy<sup>2326</sup> chama de "período de confusão", que teria durado, aproximadamente, até 1920. Nesse período entre-guerras, no qual a tese situou o ponto de nascimento do ciclo de unificação, que incorporava as ideais de comunidade internacional, sistema, Estado mundial e constitucionalismo, Kennedy diz que houve um novo período de renovação e consolidação,

---

<sup>2320</sup> Ibid. p. 6.

<sup>2321</sup> Ibid. p. 10.

<sup>2322</sup> Ibid. p. 13.

<sup>2323</sup> KENNEDY, David. **When Renewal Repeats: Thinking Against the Box**. Nova Iorque: New York University Journal of International Law and Politics, vol. 32, n. 2, 2000.p. 347.

<sup>2324</sup> Ibid. p. 340.

<sup>2325</sup> Ibid. p. 340.

<sup>2326</sup> Ibid. p. 341.

mas que reafirmou certas posições "eccléticas, interdisciplinares e idiossincráticas", que, até os dias de hoje, estariam causando problemas ao Direito Internacional<sup>2327</sup>.

Um período de confusão teria vindo a seguir, a partir da Segunda Guerra Mundial, que teria persistido, ao longo da Guerra Fria<sup>2328</sup>. Nesse ponto, diverge a tese sobre o que seria fragmentação e unificação, porque o período posterior à Segunda Guerra Mundial foi um período de enorme institucionalização dos organismos relacionados ao Direito Internacional, havendo, igualmente, o surgimento de uma normatização relacionada a essas organizações internacionais, provindas de grandes acordos multilaterais, devendo ser destacada, quanto a esse particular, a Carta da Nações Unidas, que positivou os direitos humanos *prêt-a-porter*, com a intenção de universalizá-los. Com os tribunais *ad hoc* do período subsequente à Segunda Guerra, também houve uma importante mudança no exercício de aplicar as leis internacionais, eis que, o fundamento das suas decisões estava localizado em valores comuns a toda a humanidade. Nesse sentido, em que pese todas as críticas que possam ser feitas à reintrodução dos valores ao Direito Internacional, pelas dificuldades práticas causadas, já referidas na análise dos Casos Kervanci e Gelman, por exemplo, não há como negar que tal período tenha sido de predominância da pulsão unificadora, no Direito Internacional.

De forma contrária, Kennedy<sup>2329</sup> somente vê a predominância da "renovação autoconfiante", que teria consolidado um internacionalismo liberal atualizado e pragmático, a partir de 1960. Porém, a partir da Queda do Muro de Berlim<sup>2330</sup>, teria se iniciado um período de ansiedade e disputa, novamente, o que pode ser interpretado como sendo fragmentação.

Não por acaso, Kennedy<sup>2331</sup> afirma ser necessário encontrar um vocabulário para poder pensar sobre a alternância desses períodos de "coerência" e "descontinuidade" no Direito Internacional. Unificação e fragmentação do Direito Internacional se encaixam perfeitamente no papel.

Se os ciclos de fragmentação e de unificação surgem como fenômeno, em várias visões e versões, constituem um dado de realidade, mesmo que, ainda por investigar. Porém, o principal objetivo do quarto capítulo é o de verificar, uma vez observado o longo prazo, se procede a alegação de que haveria um peso relevante da intencionalidade, na fragmentação do Direito Internacional, observada nos últimos anos.

---

<sup>2327</sup> Ibid. p. 341. Pode-se interpretar tal referência ao surgimento de propostas, como as de constitucionalização do Direito Internacional, que vieram do Direito Público interno, por influência alemã.

<sup>2328</sup> Ibid. p. 341.

<sup>2329</sup> Ibid. p. 342.

<sup>2330</sup> Ibid. p. 342.

<sup>2331</sup> Ibid. p. 342.

#### 5.4 - Qual o Papel da Intencionalidade na Fragmentação do Direito Internacional ?

Ora, o que o longo prazo permite entrever é que há uma longa repetição de ciclos de fragmentação e de unificação do Direito Internacional - muito anterior ao atual processo de fragmentação, aliás. Evidentemente, o mecanismo dessa fragmentação vai variar, de época para época. No início do século XX, conforme já visto no capítulo anterior, que estudou as origens da pulsão unificadora, que antecedeu o atual ciclo de fragmentação, a dita "fragmentação" se devia aos obstáculos criados pelo fato do Estado soberano ser o único sujeito de Direito Internacional e não permitir a existência de normas internacionais, que não fossem objeto de seu consentimento. Da mesma forma, pela pouca densidade normativa do ramo, o que também poderia ser explicado pelo fato do "law-making" internacional ter um processo completamente distinto do direito interno, possuindo quase um natureza contratual.

Entre o fim da "*Respublica Christiana*" e a Paz de Westphalia, por sua vez, a fragmentação decorria de uma transição política, causada pelas guerras de religião, na qual, as potências protestantes entravam em disputa com aqueles beneficiários do Tratado de Tordesilhas, havendo mais do que mera disputa territorial, um embate entre diversas formas de regular o espaço - uma luta entre Leviatã e Behemoth, que não acabou e se estende até hoje, porque os "*privateers*" e corsários ainda estão por todos os lados.

Dessa forma, as forças históricas de fragmentação do Direito Internacional podem ser identificadas nos mais diferentes aspectos - "*Gestalt*" - desse conjunto de normas e princípios, que existe, por sua vez, desde os Estados mais primordiais da Antiguidade.

Assim, a presente tese pode relativizar a posição de alguns doutrinadores como Benvenisti e Downs<sup>2332</sup>, que apontam na direção de um peso da intencionalidade, nesse processo de extrema especialização do Direito Internacional, porque isso traria vantagens a determinados beneficiários bastante poderosos.

Muito embora esses sujeitos mais poderosos, existentes na ordem internacional, sejam eles estatais ou corporativos, realmente tentem beneficiar-se do processo de fragmentação em curso, é exagerado afirmar a existência, ainda que parcialmente, de uma relação causal entre os seus esforços e os resultados verificados, consubstanciados na explosão normativa ocorrida na esfera internacional, tanto em termos qualitativos, quanto quantitativos; no aumento da quantidade de órgãos judicioriformes, pelo aumento do número de tratados internacionais aos quais se vinculam; da expansão, em suma, das opções disponíveis para que esses entes

---

<sup>2332</sup> BENVINISTI, Eyal; DOWNS, George W. **The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law**. op. cit. p. 1/44.

possam escolher onde suas causas serão decididas e com o viés que desejam, em prejuízo dos esforços dos Estados mais pobres, que têm preferência pelos foros multilaterais e por órgãos judiciariformes, que formem precedentes.

Com efeito, afirmam Benvenisti e Downs, que Estados poderosos utilizam quatro estratégias básicas, para defender os seus interesses soberanos, no cenário internacional - o que acaba por contribuir para o processo de fragmentação, como se verá: evitar acordos amplos e integrativos - como é o caso da Convenção de Montego Bay, por exemplo -, em favor de outros, mais específicos e funcionais; formular acordos para um contexto temporal específico ou negociações multilaterais pouco frequentes; evitar, sempre que possível, a criação de uma burocracia ou de um corpo jurisdicional, com uma autoridade independente de promover políticas ou circunscrevendo a sua autoridade, quando a sua criação mostra-se inevitável; e criar ou mudar para um ambiente mais favorável alternativo, quando o original torna-se responsivo aos interesses dos Estados mais fracos e seus agentes<sup>2333</sup>.

Em que medida tais estratégias acentual o processo de fragmentação do Direito Internacional? Bem, quando se evita acordos amplos e integrativos, além de se criar um número muito maior de acordos, a maioria, bilaterais, ainda que se quebre o sentido de unidade, porque cada conjunto desses terá o seu próprio viés, favorecendo o surgimento de conflitos, como ocorreu no Caso Southern Bluefin Tuna, por exemplo.

A realização de reuniões esporádicas, como o G-20 ou Davos, por exemplo, ao invés de permitir um sentido de continuidade nas discussões, acaba por fragmentá-las, no tempo, incidindo as cimeiras sobre temas pontuais, à escolha dos interessados com maior poder de barganha, evitando-se a formação de decisões, que se perenizem e sirvam de Norte para as seguintes.

Por outro lado, quando se abre mão de uma estrutura administrativa ou jurisdicional permanente e com alguma autoridade, isso impede que esse corpo profissionalizado substitua a agenda dos Estados mais fortes, pela agenda do órgão internacional ou supranacional, que poderia fazer o valer o Direito Internacional geral, ao invés do interesse dos Estados soberanos mais fortes, inclusive, pela formação de precedentes contrários a eles.

Por fim, se ocorrer de alguma estrutura internacional, ainda assim, deixar de acolher inteiramente os seus interesses, eles, pura e simplesmente, esvaziam essa entidade, em benefício de outra, fazendo com que, na esfera internacional coexistam entes internacionais

---

<sup>2333</sup> Ibid. p. 6.

com comportamentos inteiramente diversos frente a tais interesses e o próprio Direito Internacional.

Não resta dúvida, portanto, que tais estratégias contribuem para o processo de fragmentação descrito, em que pese a natureza já fragmentada e assistemática do Direito Internacional. O problema é o de saber o seu peso relativo para o resultado descrito. A fragmentação contemporânea do Direito Internacional, através do aumento da atividade normativa, em especial, de tratados internacionais, que contém o seu próprio mecanismo de solução de controvérsias; da criação de novos entes administrativos e judiciariformes; do surgimento de outros tipos de norma que não as nacionais e as estatais; dos novos temas do Direito Internacional e dos seus novos atores; será que tudo isso não existiria, caso os Estados soberanos não adotassem tais estratégias?

Os próprios doutrinadores, quando discutem os efeitos da fragmentação do Direito Internacional deixam claro que, quando observada a evolução, no longo prazo, desse conjunto de normas e princípios, a proliferação de normas e instituições aparenta ser algo "adequado"<sup>2334</sup>. Na realidade, o que Benvinisti e Downs chamam de "adequado", na interpretação da presente tese, pode ser lido como mero resultado da ação das forças históricas de fragmentação e unificação, que, ao longo de séculos, repetidamente, vêm se alternando em predominância, dependendo da configuração do Direito Internacional, em cada período.

A proliferação de normas, que pode ser entendido como um adensamento normativo, ocorrido na esfera internacional, ainda é efeitos das forças da pulsão unificadora, que começou a atuar no período entre-guerras e proporcionou ao Direito Internacional um crescimento extraordinário, especialmente, após a criação da Liga das Nações e da Organização das Nações Unidas; da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Internacional de Justiça; da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos do Homem; da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e de todas as convenções e tratados internacionais que se seguiram, sobre os mais diferentes temas; sem falar no pujante desenvolvimento institucional das organizações internacionais.

O fato da pulsão de fragmentação ter se tornado hegemônica, especialmente, após o final da Guerra Fria, quando se esperava exatamente o contrário, não invalida, nem apaga esses desenvolvimentos, porque as pulsões de fragmentação e de unificação continuam a coexistir. Se há tratados e convenções internacionais demais e, se hoje, por força da especialização crescente e do fenômeno da regionalização do Direito Internacional, muitas

---

<sup>2334</sup> Ibid. p. 11.

vezes, tais conjuntos entram em conflito, fragmentando o que já é fragmentário e assistemático, por natureza, isso somente pôde ocorrer, por conta da ação da pulsão unificadora, em seu período hegemônico.

Dessa forma, chega a ser ingênuo supor que as ações e as estratégias de um pequeno grupo de Estados tenham sido, de algum modo, decisivas, para que se tenha chegado a esse estado de coisas. Quando o crescimento do Direito Internacional iniciou-se, com a mais recente hegemonia da pulsão unificadora, a China, por exemplo, ainda era um país completamente rural e ocupado por potências estrangeiras; a União Soviética mal havia acabado de sair da Revolução de 1917 e de uma derrota humilhante, na Primeira Guerra Mundial; e os Estados Unidos ainda não sonhavam em ser potência hegemônica e praticavam a neutralidade, em política externa.

Os atores mais fortes, no cenário internacional e que, segundo Benvenuti e Downs<sup>2335</sup> seriam os principais responsáveis por tais estratégias, sequer eram protagonistas, quando o processo foi iniciado e, em boa parte de seu desenvolvimento. O mesmo vale para as empresas transnacionais.

Esse exagero, observado no texto de Benvenuti e Downs, na realidade, traduz um desvio recorrente na História<sup>2336</sup>, sendo importante estabelecer relações representativas complexas entre fatores intencionais e não-intencionais e entre processos pessoais e suprapessoais. Nesse sentido, afirma-se que "a personalização na História pode ser concebida como uma expressão indireta de tendências mentalistas". Tal personalização pode ocorrer com relação ao Estado, à Nação e à cultura, de modo que atribuições intencionais a tais entidades constitui uma "forte tentação na explicação histórica"<sup>2337</sup>.

Com efeito, além da China, da Rússia e dos Estados Unidos sequer terem sido protagonistas, quando a mais recente pulsão unificadora se iniciou - quando o crescimento do Direito Internacional, tanto normativo, quanto institucional, iniciou-se -, também é verdade que, nem sempre, em qualquer situação, acerca de qualquer tema ou em qualquer governo, a atuação de tais entes políticos foi sempre a mesma. Há mesmo uma personalização maniqueísta dos Estados, como se pessoas naturais fossem, de tal maneira que os Estados

---

<sup>2335</sup> BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. **The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law**. Ibid. p. 6.

<sup>2336</sup> RIVIÈRE, Angel; NUÑEZ, Maria; BARQUERO, Beatriz; FONTELA, Federico. Influence of Intentional and Personal Factors in Recalling Historical Texts: A Development Perspective. CARRETERO, Mario; VOSS, James (Org.) **Learning and Reasoning in History**. Milton Park: Routledge. International Review of History Education, vol. 2, 2013.p. 217.

<sup>2337</sup> Ibid. p. 217.

dotados de maior poder relativo, em dado momento, seriam "maus" e os mais fracos, "bons", o que se reproduziria no seu comportamento jurídico-político.

Pior ainda seria acreditar que um processo tão complexo como o descrito na presente tese, pudesse ter o peso decisivo da "intencionalidade" de entidades desprovidas de "intenção", cuja orientação política muda, mais ou menos, ao sabor de maiorias ocasionais, das razões de Estado e das circunstâncias geopolíticas e econômicas.

Glosando da explicação histórica da presente tese, os vícios da personalização e do "mentalismo", no sentido da "excessiva ênfase aos fatores intencionais na História", pouco resta. Não há como defender que o interesse de determinados Estados soberanos ou corporações transnacionais influencie decisivamente um processo histórico complexo, como a repetição da alternância da predominância das pulsões históricas de fragmentação e de unificação, na História do Direito Internacional, ainda que se admita que tais estratégias descritas contribuam para acentuá-lo.

Porém, evidentemente, só é possível concluir dessa forma, se tal processo histórico é visto no longo prazo, no qual, o Direito Internacional é uma sucessão dinâmica de configurações, portanto, uma "*Gestaltung*".

### **5.5 No Longo Prazo, o Direito Internacional é uma "*Gestaltung*"**

Com efeito, a expressão "*Gestaltung*" já era usada por Hegel<sup>2338</sup>, no sentido de "formação". Segundo o Dicionário Hegel<sup>2339</sup>, "*Gestaltung*" (formação) é o processo ou o produto de uma "*Gestalt*" (forma). O termo "*Gestalt*" opõe-se, em Hegel, a "*Form*", porque não se trata de um contraste com matéria ou conteúdo, como naquele termo, mas, uma unidade orgânica, somente apreciável como um todo. A "*Gestaltung*", nesse sentido, abrange o conjunto das diferentes figurações, ao longo do tempo.

O que se sustenta, no presente trabalho, é que o que vale para a consciência, vale para o Direito Internacional ou para qualquer "forma percebida"<sup>2340</sup> na paisagem. Essa forma percebida sempre deriva de uma formação dinâmica, ou seja, toda "*Gestalt*" provém de uma "*Gestaltung*"<sup>2341</sup>. De fato, é impossível compreender, por exemplo, a "*Gestalt*" cooperativa do

<sup>2338</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Parte I. 2ed. Petrópolis: Vozes, 1992.p. 72/73." A experiência que a consciência faz sobre si mesma não pode abranger nela, segundo seu conceito, nada menos que o sistema completo da consciência ou o reino total da verdade do espírito. Seus momentos se apresentam assim nessa determinidade peculiar, de não serem momentos abstratos ou puros, mas sim, tais como são para a consciência ou como a mesma aparece em sua relação para com eles; por isso os momentos do lodo são figuras da consciência".

<sup>2339</sup> INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 150/151.

<sup>2340</sup> CAMINHA, Iraquitán de Oliveira. **Percepção, Paisagem e Linguagem em Merleau-Ponty**. Caicó: Trilhas Filosóficas, n. 1, ano VIII, janeiro-junho/2015. p. 127.

<sup>2341</sup> Ibid. p. 127.



Direito Internacional, sem perceber o contexto histórico e saber que ela surge a partir de outra figura anterior, na qual, havia pouca densidade normativa e a própria percepção da existência da figura (Direito Internacional) era difícil, prevalecendo na paisagem o direito interno dos Estados soberanos.

Com efeito, "a percepção do movimento depende de muitos 'momentos figurais' e, finalmente, da estrutura completa do campo,..."<sup>2342</sup>. É exatamente por isso, que é impossível tratar da fragmentação do Direito Internacional, sem estudar as suas origens, o que, por sua vez, conduz à necessidade de fazê-lo em três partes - correspondentes aos três últimos capítulos da presente tese: as origens da fragmentação contemporânea; as origens da pulsão de unificação, que lhe antecedeu e criação do discurso de "sistema", condição supostamente lógica do conceito de "fragmentação" e, por fim; a repetida alternância dos vários momentos figurais, no longo prazo, que configuram um conjunto dinâmico, que melhor permite compreender o Direito Internacional e as suas pulsões inerentes de fragmentação, unificação e repetição.

Essa visão opõe-se ao "atomismo jurídico", que insiste em estudar o objeto, a partir de suas partes componentes, decompondo-o, analisando-o. É impossível compreender o Direito Internacional, apenas com base em suas normas ou no estudo de cada um de suas especialidades, sem levar em conta o contexto. Isso implica compreender as circunstâncias jurídicas - o Direito como um todo -, históricas, geográficas, econômicas, sociais, políticas. É esse tipo de vício de pensamento, que conduz a estudos, um tanto quanto ingênuos, que se propõem a encontrar "soluções" técnicas sobre a fragmentação do Direito Internacional, sem levar em consideração que a fragmentação, em seus diferentes níveis e significados, é imanente ao objeto estudado.

#### **5.6 - Conclusão: as Pulsões de Fragmentação, Unificação e Repetição são Inerentes à “*Gestaltung*” do Direito Internacional.**

Ora, ainda que não se trate, propriamente, de um sistema, no mínimo, pela ausência de um sentido, de um Norte, de um fim, de uma teleologia, não há como negar que esse conjunto de regras e princípios, de natureza jurídica e de origens bastante diferenciadas, pode ser percebido como uma figura, em determinado momento histórico, ou como uma sucessão de diferentes configurações, ao longo do tempo. Assim, a sua existência, como fenômeno de natureza cultural - a expressão "fenômeno" é, normalmente, utilizada para o mundo natural, físico -, como algo que exsurge, que aparece e é perceptível, é algo incontestável.

---

<sup>2342</sup> EMBREE, Lester. op. cit. p. 225.

As suas sucessivas "Gestalten", ao longo dos momentos históricos mais variados, podem, inclusive, ser representadas graficamente. Assim, por exemplo, quando do surgimento dos primeiros proto-Estados - geralmente, cidades-Estado -, que mantinham entre si relações jurídicas eventuais e esporádicas, normalmente, versando sobre guerra e paz, há pequenos círculos, que representam o direito da cidade-Estado, direito interno. Além disso, há pontilhados entre esses círculos, que mostram a eventualidade dessas relações jurídicas (figura 1):

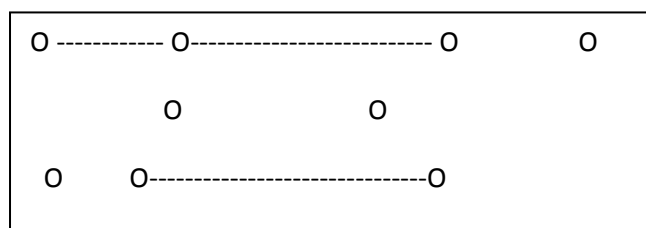


Figura 1

Um exemplo prático para caracterizar esse período de relações jurídicas internacionais eventuais é o Tratado de Kadesh<sup>2343</sup>, que foi redigido em acadiano, sendo muito mais próximo da versão hitita, do que aquela que foi traduzida para a versão egípcia, a qual foi insculpida nas paredes do Templo de Amon em Karnak e no Ramesseum.

A versão egípcia do tratado começa contando a estória que o Faraó Ramsés Meri-Amon teria recebido um mensageiro hitita, carregando um tablete de prata, no qual, o Grande Príncipe dos hititas, Hattusilis estaria desejando ao faraó vida, prosperidade e saúde, para pedir paz ao "touro dos imperadores, que fez a sua fronteira onde quis, em qualquer terra"<sup>2344</sup>. O tratado continha um relato das relações internacionais anteriores entre o Egito e os hititas e as cláusulas atuais, que envolviam a renúncia mútua à invasão, a reafirmação dos tratados celebrados anteriormente, as alianças defensivas recíprocas, a extradição de refugiados de ambos os lados, o divino testemunho dos deuses de ambos os lados - o que conferia o aspecto formal cerimonial ao acordo -, as maldições e as bênçãos relacionadas ao tratado e a extradição de egípcios de Hatti e a extradição de hititas do Egito<sup>2345</sup>.

Não há como afirmar que um documento como o Tratado de Kadesh não seja jurídico, nem que não pertença ao campo do Direito Internacional, uma vez que define direitos e deveres, relativamente aos dois Estados, em suas relações recíprocas. Porém, evidentemente, isso não era a regra naquela época, de relações eventuais entre os diferentes organismos políticos, normalmente, pautados pela guerra.

<sup>2343</sup> <http://pantherfile.uwm.edu/prec/www/course/egypt/274RH/Texts/HititeEgypcianTreaty.htm>. Acesso em 16/01/2016.17:27 h.

<sup>2344</sup> Ibid. p. 1.

<sup>2345</sup> Ibid. p. 1/6.

Por outro lado, quando começam a se formar os impérios da Antiguidade, como é o caso de Roma, eles podem ser retratados como grandes círculos, no interior dos quais, existem reminiscências dos direitos locais (bárbaros), bem como, relações jurídicas externas, de cunho mais duradouro, que envolvem já, outros conteúdos, que não paz e guerra (figura 2):

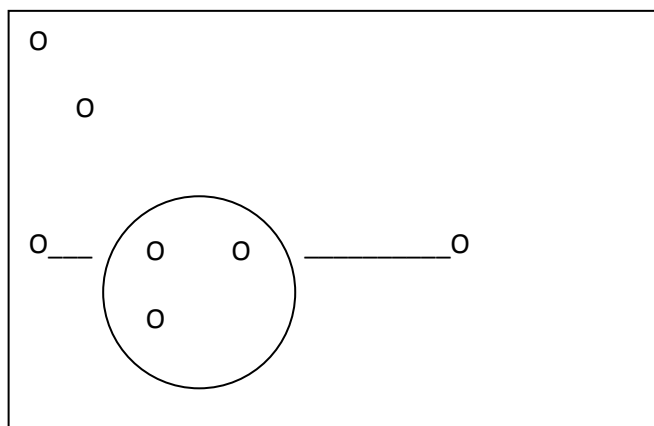


Figura 2

No Direito Romano, como assinala Giordani, havia o *publicum jus* e o *privatum jus*, sendo o primeiro encarregado da organização da República Romana e o segundo, que tinha por a utilidade dos particulares. O direito privado incluía o *Jus Civile* - o direito próprio dos cidadãos romanos -, o *Jus Gentium* - mais amplo, um direito comum a todos os povos do mundo romano, aplicável aos cidadãos romanos, aos aliados, aos súditos de Roma, aos latinos e aos peregrinos - e o *Jus Naturale* - lei conforme a natureza, difundida entre os homens, que é constante e eterna<sup>2346</sup>.

Assim, do ponto de vista normativo, o círculo maior pode ser interpretado como sendo o *jus gentium*, válido também para os estrangeiros, embora fosse um direito interno romano. É evidente que não pode ser comparado ao Direito Internacional dos períodos de fragmentação. Mas, se considerada a posição relativa de Roma, em seu apogeu, era o conjunto de normas, aplicável a todos que fossem pessoas e não coisas, em um quase-Império mundial. Em um certo sentido, isso é unificação.

Por isso, faz todo o sentido que o termo *jus gentium* tenha sido utilizado, posteriormente, como um sinônimo de Direito Internacional.

Entre a queda do Império Romano e até, aproximadamente, o ano mil, houve um período de intensa fragmentação, o que somente começou a ser revertido, a partir da Baixa Idade Média.

Nesse período da Baixa Idade Média, a "*Gestalt*" do Direito Internacional não era muito diferente daquela representada na figura 2, porque existiam os direitos locais, de origem

<sup>2346</sup> GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma. Antiguidade Clássica II.** 9 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.p. 255/256.

costumeira e "bárbara" - chamados de "direito comum" -; os direitos não-estatais ou não-públicos, como se dava com a *lex mercatoria*, também no interior do grande círculo; além de um direito, de origem religiosa, que era o denominador comum, no interior dessa *Respublica Christiana*. Fora desse círculo, o mundo árabe, as Índias, a China, que mantinham algum tipo de relação jurídica com esse todo jurídico cristão. Essa imagem é muito similar à situação atual do Direito Internacional.

Além disso, pequenos outros círculos, como os proto-Estados da figura 1, como eram os direitos dos povos do Novo Mundo. Vê-se que, em relação à "*Gestalt*" representada na figura 1, tem-se um sentido de unificação - que só faz sentido, se é considerado o ambiente jurídico fragmentado daquela representação.

Sem embargo, a ideia de "fragmentação" do Direito Internacional só faz sentido, se confrontada com um conceito anterior de maior unidade, lembrando que, tanto "fragmentação", quanto "unificação", são conceitos dinâmicos, são processos, que se desenvolvem ao longo do tempo, além de relativos. Do mesmo modo que, só se sabe que está esfriando, quando se conhece o calor, só há sentido em "unificar-se" algo que esteja "fragmentado" ou "fragmentar-se" algo que esteja "unificado".

Com a primeira grande revolução espacial, que foram as grandes descobertas e a conquista do Novo Mundo - que instituiu uma divisão entre o *nomos* marítimo e o *nomos* da terra -, mas, principalmente, com as subseqüentes guerras de religião, aquela unidade da *Respublica Christiana* desaparece, o que é representado por uma "*Gestalt*" de fragmentação, em relação à figura 2, como se vê da figura 3 abaixo:

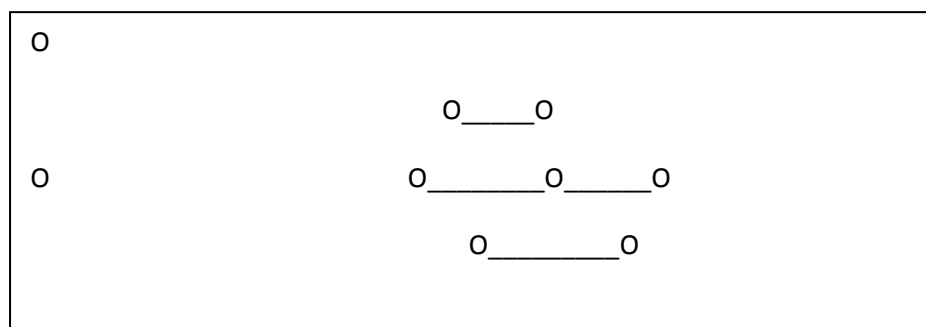


Figura 3

Vê-se na figura 3 as soberanias continentais europeias, em sua tentativa de ordenar os territórios, mantendo relações jurídicas entre si. O *nomos* do mar, por sua vez, é de liberdade, sem donos. Ainda não há uma ordem cooperativa, porque existem as guerras de religião, em terra, ao mesmo tempo em que, no mar, existem os combates envolvendo as frotas e feitorias católicas no Novo Mundo e os "*privateers*" e os corsários protestantes, como reflexo das guerras de religião.

Com a Paz de Westphalia, aproximadamente, inicia-se um período bastante longo, no qual, os conflitos religiosos se atenuam e passou a ser viável uma ordenação da terra, ordem que, por sua vez, era fundamentada em Estados soberanos, em suas relações de cooperação. É o que se chama "*Gestalt* de cooperação" do Direito Internacional, que perdurou por aproximados trezentos anos. Ela pode ser representada como na figura 4:

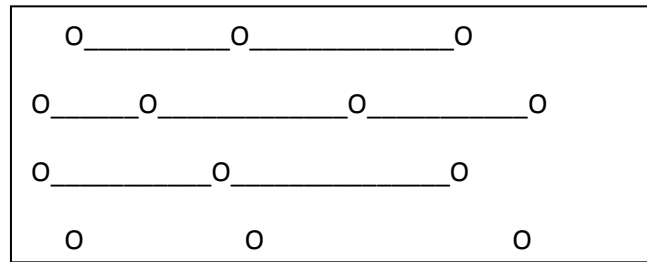


Figura 4

Essa configuração do Direito Internacional, baseada na igualdade soberana dos Estados, permitiu que todo o mundo conhecido fosse integrado em conjunto de regras e princípios, além de relações jurídicas, de caráter temporário ou permanente, sob a forma de tratados e convenções internacionais, mas não é um modelo hierárquico. Nesse tipo de Direito Internacional, em que pese a existência de assimetrias de fato, entre os Estados soberanos, "*parem im parem, non habet imperium*".

Essa ausência de hierarquia também reflete a relação existente entre as normas e princípios do Direito Internacional, muito embora, o Princípio da Soberania fosse considerado o mais relevante, como já se viu.

Porém, em meados do século XX, com o fim das Guerras Mundiais, o retorno dos valores ao Direito e ao Direito Internacional, bem como, com o avanço do projeto constitucionalista, de índole cosmopolita, pretendeu-se criar uma ordem diferente, com os direitos humanos ou fundamentais no topo da escala de valores, bem como, a partir da década de sessenta e setenta, com o reconhecimento de normas e princípios internacionais superiores aos demais, o que redundou no desenvolvimento de conceitos como o *jus cogens*, o crime internacional, as obrigações *erga omnes*, sendo tais inovações positivadas em tratados e convenções internacionais - como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - ou reconhecidas pelas cortes internacionais - tal como ocorreu no Caso Barcelona Traction, com relação às obrigações *erga omnes*.

Esse reconhecimento implicou, por via de consequência, na tentativa do estabelecimento de um Direito Internacional de feição hierarquizada, onde os direitos humanos ou fundamentais estariam no topo, do ponto de vista axiológico. O reflexo dessa topologia axiológica também conduziu ao reconhecimento da superioridade de determinadas

normas e princípios sobre outros, bem como, à relativização da soberania estatal e nacional, de modo que, os Estados podem estar sujeitos a determinadas normas e princípios, independentemente de seu consentimento - em teoria, por conta das assimetrias de poder. Porém, essa pretendida hierarquização das normas e princípios escancarou a impossibilidade prática de universalização das sanções no Direito Internacional, o que também comprova a inexistência de um caráter de sistema.

Essa pretendida "*Gestalt* de subordinação", que parecia ganhar força e prevalecer, entre o final da Segunda Guerra Mundial e a Queda da Muro de Berlim - ou o Onze de Setembro, como preferirem -, pressupunha a criação de entes supranacionais, a partir das organizações internacionais, fundadas a partir do período entreguerras, podendo ser representada pela figura 5:

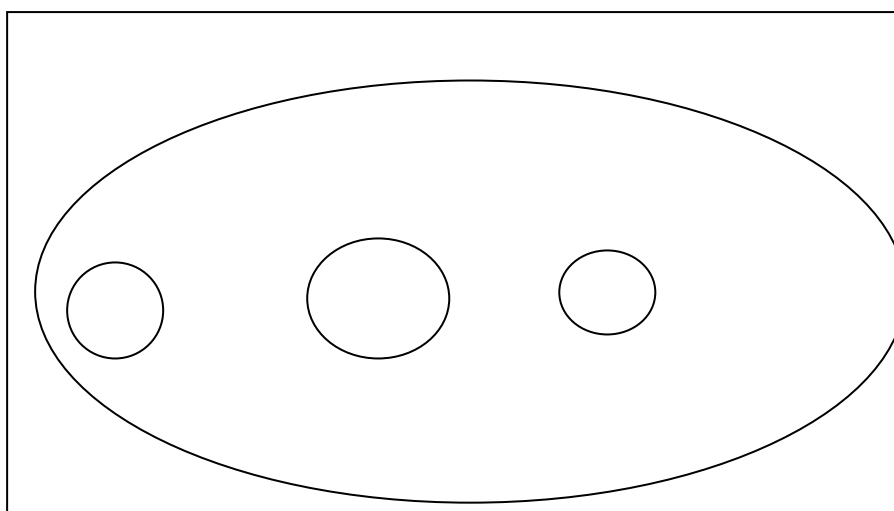


Figura 5

Em tal "*Gestalt* de subordinação", os Estados fariam parte, a final, de um grande direito interno, submetidos, eles e seus súditos, a uma "constituição internacional" - seja qual for o sentido do termo, conforme já visto, anteriormente - realizando-se o ideal cosmopolita, mesmo que, sem a garantia de uma ordem jurídica democrática. Seria, então, em função de seu próprio sucesso, o fim do Direito Internacional, pela vitória final da pulsão de unificação, de conservação, o Nirvana.

Ocorre que a hegemonia do padrão de acumulação flexível frustrou o projeto constitucionalista - quiçá, também mercê da mais recente revolução espacial, a interplanetária, que demandou um novo *nomos*, uma nova regulação, a se seguir o pensamento schmittiano - e a grande unificação, a unificação final, que representaria o fim do Direito Internacional, pela sua própria eficiência.

Ao invés disso, o Direito Internacional, através de sua expansão, multiplicou-se em vários campos especializados por tema, em direitos regionais, sem prejuízo dos vários direitos internos e dos direitos não-estatais e não-nacionais, que retornaram com toda a força, exatamente, por conta da relativização da soberania estatal e nacional e pela perda de potência da instituição Estado, ainda que, de modo assimétrico.

Assim, retorna-se no tempo a alguma representação, situada entre a figura 3 e a figura 2. Retorna-se ao período pré-Westphalia, com segurança, avançando-se na direção de uma Nova Idade Média jurídica, com vários sujeitos produzindo normas jurídicas e interagindo, confundindo-se o público e o privado, inviabilizando-se qualquer tentativa de uniformização ou unificação. É a nova fragmentação do Direito Internacional.

A sequência demonstrada, graficamente, explica as diferentes fases de predomínio das pulsões de fragmentação e unificação do Direito Internacional, as quais, somente possuem em comum, o fato de se repetirem no tempo, ciclicamente. Também se evidencia que, uma só faz sentido, confrontando-se com a outra, tratando-se de forças, que exprimem conceitos relativos, os quais coexistem, immanentemente, nesse Direito.

Por isso, não faz muito sentido atribuir muito peso à intencionalidade de alguns atores, no desencadear desse processo de fragmentação, percebido como contemporâneo, mas, parte de um processo muito mais longo, historicamente.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto e, em resposta ao problema de pesquisa, bem como, partindo de algumas premissas de pesquisa – como a premissa geral de que o fenômeno econômico determina o fenômeno cultural, bem como, partindo do princípio que o Estado já existia antes do Estado Moderno e o Direito Internacional, antes da Paz de Westphalia -, conclui-se que o conflito institucional de atribuições, entre diferentes órgãos judiciariformes, de diferentes regimes de tratados, causa problemas, que precisariam ser solucionados, por conta da insegurança jurídica, que ele enseja. Mas, é ingênuo acreditar que o Direito, por si só, seja capaz de explicar esse aspecto da fragmentação do Direito Internacional, ou ainda, que tenha condições de solucioná-los.

Por outro lado, muito embora a fragmentação do Direito Internacional seja conveniente e até desejável, para os atores mais poderosos do cenário político-econômico internacional, é possível descartar a hipótese de intencionalidade na mudança recente ocorrida no Direito Internacional, que levou a essa fragmentação. Isso se deve ao fato da pulsão fragmentadora do Direito Internacional ser mera consequência de um longo processo histórico, que alterna ciclos de unificação e fragmentação do Direito Internacional. Logo, o conflito institucional de atribuições, entre diferentes órgãos judiciariformes, de diferentes regimes de tratados, é algo muito maior que um problema processual a ser solucionado, mas o resultado de um ir e vir de ciclos históricos.

Ao se indagar sobre o risco da quebra da unidade do Direito Internacional, em razão da referida fragmentação, a tese deparou-se com o debate sobre a eventual natureza sistêmica do Direito Internacional, tendo concluído pela negativa, em especial, por conta da impossibilidade de generalização das sanções, em razão das assimetrias fáticas e jurídicas de poder soberano, entre os diferentes Estados nacionais. Além disso, o Direito Internacional sempre foi, imanentemente, fragmentado. Primeiro, pela oposição sistemática dos Estados soberanos, depois - com a progressiva relativização assimétrica da soberania nacional, vinda com a mais recente pulsão unificadora, no pós-guerra -, pela sua complexificação.

A tese também concluiu que, mesmo que o Direito Internacional fosse um sistema jurídico, não seria possível ocorrer a quebra desse caráter sistemático, em função de sua diferenciação funcional, porque ela, em um sistema autopoiético, não produziria um sub-sistema jurídico, mas de outra natureza, com uma outra linguagem operacional. Também não faria sentido a alegação de que os sub-sistemas não poderiam se fechar, em relação ao sistema



principal, por conta do acoplamento estrutural, já que o fechamento poderia ocorrer no nível da comunicação (operacional), que é distinto do nível estrutural.

Porém, o fato do Direito Internacional não ser um sistema jurídico em nada impede seja reconhecido como um ramo existente e autônomo da Ciência do Direito, porque, como se concluiu, basta que ele perfaça uma configuração peculiar – “*Gestalt*” -, que permita seja distinguido do Direito em geral e dos demais ramos. Sem embargo, esse todo “Direito Internacional”, distinto da mera justaposição de suas partes, perfaz uma dada configuração, em dado período temporal. Essa configuração peculiar vai se modificando com o tempo, sendo esse todo dinâmico, uma “*Gestaltung*” perfeitamente identificável.

Nesse sentido, a fragmentação do Direito Internacional não é, necessariamente, um caminho natural e inevitável, como decorrência do crescimento do Direito Internacional, mas, o é, em função da existência de uma alternância de ciclos de unificação e fragmentação do Direito Internacional, no longo prazo, que produzem diferentes “*Gestalten*” de Direito Internacional (por exemplo, de cooperação, de subordinação, ...).

Por outro lado, as forças históricas, que levaram a esse risco de distorções na interpretação do Direito Internacional, pelos diferentes métodos de soluções de controvérsias, de diferentes regimes de tratados, no período mais recente, estão fortemente correlacionadas com aquelas que formataram o capitalismo flexível, porque as mudanças no Direito Internacional, que levaram a esses conflitos estruturais, em especial, no campo da jurisdição internacional, atendem à necessidade do capital internacionalizado, com a superação da escala jurídica nacional e a desestatização do Direito.

Essas mudanças se manifestam nos sujeitos, na forma, e no conteúdo desse novo Direito Internacional, o qual, ao contrário do que se pensava, após a Queda do Muro, não convergiu para a sua constitucionalização, para a formação de instâncias supranacionais, com vistas a um futuro Estado mundial, tornando-se o projeto constitucionalista totalmente obsoleto, especialmente, pela obsolescência do Estado e suas instituições.

A presente tese também permitiu concluir que essa mudança no Direito Internacional e no mundo cultural, em geral, levou a uma remedievalização, ou seja, a um paralelismo de formas entre a Contemporaneidade e a Idade Média, o que não é algo que chega a surpreender, porque os institutos mais atingidos pela mudança foram dois ícones da Modernidade: o Estado nacional e a soberania nacional. A Nova Idade Média nada mais é que um retorno ao *status quo ante*, decorrente da retirada involuntária do Estado nacional e da relativização assimétrica dos seus poderes soberanos.

## REFERÊNCIAS

- ABDALLAH, Mogniss H. **1983: La Marche pour L'Égalité**. Plein Droit, n. 55, dezembro/2002.
- ABI-SAAB, Georges. **Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks**. Nova Iorque: Journal of International Law and Politics, vol. 31, n.4, 1999.
- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- AJAMI, Riad A.; COOL, Karel; GODDARD, G. Jason; KHAMBATA, Dara. **International Business. Theory and Practice**. 2 ed. Armonk (N.Y.): M.E. Sharpe, 2006.
- AL-KHASSIMI, Khaled. **The Obsolescence of the Westphalian Model and the Return to a Maximum State of Exception**. Hamilton: McMaster Faculty Publications, 2015. In [https://macsphere.mcmaster.ca/bitstream/11375/18673/1/Al-kassimi\\_Khaled\\_201512\\_MA.pdf](https://macsphere.mcmaster.ca/bitstream/11375/18673/1/Al-kassimi_Khaled_201512_MA.pdf). Acesso em 10/11/2016. 17:15 h.
- ALBERSTADT, Rachel. **Is Westphalia Relevant to the Evolution of International Law?** In [https://www.academia.edu/6266119/Is\\_Westphalia\\_relevant\\_to\\_the\\_evolution\\_of\\_international\\_law](https://www.academia.edu/6266119/Is_Westphalia_relevant_to_the_evolution_of_international_law). Acesso em 16/09/2016. 16:35 h.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Economia Internacional no Século XX: um Ensaio de Síntese**. Brasília: Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 44, n. 1, 2001.
- ALVAREZ, Jose E. **Are Corporations "Subjects" of International Law ?** Santa Clara: Santa Clara Journal of International Law, vol. 1, 2011.
- \_\_\_\_\_. **International Organizations as Law-makers**. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- ANDENAS, Mads. **Reassertion and Transformation: From Fragmentation to Convergence in International Law**. Washington: Georgetown Journal of International Law, vol. 46, 2015.
- ARAÚJO, André. **Moeda e Prosperidade: O Impasse do Crescimento na Política de Estabilização**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2005.
- ARON, Raymond. **República Imperial. Os Estados Unidos no Mundo do Pós-Guerra**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- ARROYO, Diego P. Fernández. El Derecho Internacional Privado em El Inicio del Siglo XXI. MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia de. **O Novo Direito Internacional. Estudos em Homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- AUBY, Jean-Bernard. **La Globalisation, le Droit et L'État**. 2 ed. Paris: LGDJ, 2010.
- AYMONE, Priscila Knoll. **A Problemática dos Procedimentos Paralelos: O Princípio da Litispêndência e da Coisa Julgada em Arbitragem Internacional**. São Paulo: Faculdade de Direito da USP (tese de doutorado), 2001.
- BABU, R. Rajesh. **Changing Trajectories of Investment Protection in India: An Analysis of Compensation for Expropriation**. Jodhpur: Trade, Law and Development, vol. 6, n.2, 2014.
- BADIA, Gilbert. **Rosa Luxemburg – Journaliste, Polémiste, Révolutionnaire**. Paris: Éditions Sociales, 1975.
- BAEZA, Emilio Ontiveros. **Mercado de Eurodivisas. Analisis de su Evolución e Implicaciones**. Madrid: Fundación Universidad Empresa, 1980.
- BAHIA, Luiz Alberto. **Soberania, Guerra e Paz**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- BARATTA, Joseph Preston. **Historical Reflections on the World State**. <http://wgresearch.org/historical-reflection-on-the-world-state/>. Acesso em 09/11/2016.18:13 h.
- BARKER, Craig. Mechanisms to Create and Support Conventions, Treaties and Other Responses. In KUTTING, Gabriela Maria (Org.). **Conventions, Treaties and Other Responses to Global Issues**, vol. I. Oxford: EOLSS Publications, 2009.
- BASHKAR, Amit. **Concept of Most Favoured Nation Treatment Under General Agreement on Tariffs and Trade**. In <http://www.legalserviceindia.com/article/1320-Most-Favoured-Nation-Treatment.html>. Acesso em 13/01/2017. 17:24 h.
- BECK, Ulrich. **La Mirada Cosmopolita o La Guerra es La Paz**. Barcelona: Paidós, 2005.
- \_\_\_\_\_. Pouvoir et Contre-Pouvoir à L'Heure de La Mondialisation. Paris: Flammarion, 2003.p.105.apud FRYDMAN, Benoît. **Le Dialogue International des Juges et La Perspective Idéale d'une Justice Universelle**. In [www.philodroit.be/IMG/pdf/B.\\_Frydman\\_-\\_Conclusion\\_-\\_Le\\_dialogue\\_international\\_des\\_juges\\_-\\_30\\_mars\\_2007.pdf?lang=fr](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._Frydman_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf?lang=fr). Acesso em 26/03/2016.
- BÉMONT, Charles. **Du Nom du Traité d'Abbeville (28 mai 1258 - 4 décembre 1259)**. In [http://www.persee.fr/doc/bec\\_0373-6237\\_1876\\_num\\_37\\_1\\_446702](http://www.persee.fr/doc/bec_0373-6237_1876_num_37_1_446702). Acesso em 16/01/2016.12:58 h.
- BENHAM, Jenny. **Law or Treaty? Defining the Edge of Legal Studies in the Early and High Medieval Periods**. In Historic Research. Early Medieval Law in Context. Londres: Institute of Historical Research. University of London, vol. 86, Issue 233.
- BENOIST, Charles. **L'Influence des Idées de Machiavel**, vol. 9. Leiden: Nijhoff, 1925.

- BENTLEY, Katherine. **The 2008 Financial Crisis: How Deregulation Led to the Crisis**. Lake Forest: Lake Forest College Publications, 2015. In <http://publications.lakeforest.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1054&context=seniortheses>. Acesso em 10/11/2016. 17:34 h.
- BENVINISTI, Eyal. **The Conception of International Law as a Legal System**. Tel Aviv: Tel Aviv University Law Faculty Papers. Paper 83, 2008.
- BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. **National Courts, Domestic Democracy and the Evolution of International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 20, n.1, 2009
- BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. **The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law**. Tel Aviv: Tel Aviv Law School, paper 41, 2007.
- BERDIAEV, Nicolas. **Le Nouveau Moyen Âge. L'Âge d'Homme**. Paris: Sophia, 1985.
- BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues**. Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.
- BERNSTORFF, Jochen von; DUNLAP, Thomas. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BETZ, Hans-Georg. **Contre La Mondialisation: Xénophobie, Politiques Identitaires et Populisme d'Exclusion em Europe Occidentale**. Montreal: Politique et Sociétés, vol. 21, n. 2, 2002.
- BILFINGER, Carl. **Les Bases Fondamentales de la Communauté des États**, vol. 63. Leiden: Nijhoff, 1938.
- BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la Republica**. 3 ed. Madrid: Technos, 1985.
- BOGDANDI, Armin von. **Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 15, n.5, 2004.
- BOGDANDY, Armin von; DELLAVALLE, Sergio. **Universalism and Particularism as Paradigms of International Law**. Nova Iorque: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. IILJ Working Paper 2008/3, 2008.
- BOILY, Frédéric. **Aux Sources Idéologiques Du Front National: Le Mariage du Traditionalisme et du Populisme**. Montreal: Politiques et Sociétés, vol. 24, n. 1, 2005.
- BOLTON, John. **The Price of Professionalization**. Bethesda: Small Wars Journal, 25/12/2015.

- BONNANNO, Alessandro; CAVALCANTI, Josefa Salete Barbosa. **Globalization and the Time-Space Reorganization: Capital Mobility in Agriculture and Food in the Americas.** *Research in Rural Sociology and Development*, vol. 17. Bingley: Emerald, 2011.
- BORG, Joe. **Oceans and the Law of the Sea: Towards New Horizons.** In [http://www.eu-un.europa.eu/articles/en/articles/en/article\\_5001\\_en.htm](http://www.eu-un.europa.eu/articles/en/articles/en/article_5001_en.htm). Acesso em 04/06/2014.
- BOUGHTON, James M. **Was Suez in 1956 the First Financial Crisis of the Twenty-First Century?** Washington: Finance & Development, vol. 38, n. 3, setembro/2001.
- BOYLE, Alan. **The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea.** Washington: The International Journal of Marine and Coastal Law, vol. 22, n. 3, 2007.
- BRAUN, Tillmann Rudolf. Investors as Subjects of Public International Law. BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues.** Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.
- BRENNER, Neil. Reflections on the Western European Case. HUEBNER, Kurt. **The New Economy in Perspective. Spaces of Innovation.** Londres: Routledge, 2005.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou Crise Fiscal?** Rio de Janeiro: Pesquisa e Planejamento Econômico, vol. 21, n.1, abril/1991. In <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1991/91-acriseamericalatina.pdf>. Acesso em 22/09/2016.
- BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional.** 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.
- BROOKS, Rosa Ehrenreich. **Failed States, or the State as Failure?** Chicago: The University of Chicago Law Review. vol. 72, outono/2005, n.4.
- BROUDE, Tomer. **Keep Calm and Carry On: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law.** Filadélfia: Temple International & Comparative Law Journal, vol. 27, n.2, 2013. In [file:///C:/Users/luq/Documents/Broude\\_KeepCalmandCarryOn.%20koskenniemi%20and%20fragmentation%20of%20int%20lawpdf.pdf](file:///C:/Users/luq/Documents/Broude_KeepCalmandCarryOn.%20koskenniemi%20and%20fragmentation%20of%20int%20lawpdf.pdf). Acesso em 12/06/2016.
- BRUNKHORST, Hauke. **Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitanismo Global.** São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 26, n. 76, junho/2011.

- BRYCE, Trevor. **The 'Eternal' Treaty from the Hittite Perspective.** In <http://www.britishmuseum.org/pdf/6a%20The%20Eternal%20Treaty.pdf>. Acesso em 02/10/2016. 17:01 h.
- BRZEZINSKI, Zbigniew. **Between Two Ages. America's Role in the Technotronic Era.** Nova Iorque: Viking Compass, 1973.
- BULL, Hedley. **The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics.** Nova Iorque: Columbia University Press, 2002.
- BÜLLESBACH, Alfred. **Princípios de Teoria dos Sistemas.** KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- BURGESS, Liam; FRIEDMAN, Leah. **A Mistake Built on Mistake: The Exclusion of Individuals under International Law.** Sidney: Macquarie Law Journal, vol. 5, 2005.
- BURKE-WHITE, William W. **International Legal Pluralism.** Ann Arbor: Michigan Journal of International Law, vol. 25, 2004.
- BUZAN, Barry. **From International to World Society ?** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- CABRAL, João. **Evolução do Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Revista de Direito, 1908.
- CALLAWAY, Darden. **The Anglo-American Loan of 1946: US Economic Opportunism and the Start of the Cold War.** Davidson (NC): tese de doutorado, 2014. In [www.citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.694.6681&rep=1&type=pdf](http://www.citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.694.6681&rep=1&type=pdf). Acesso em 13/01/2017. 16:33h.
- CAMINHA, Iraquitana de Oliveira. **Percepção, Paisagem e Linguagem em Merleau-Ponty.** Caicó: Trilhas Filosóficas, n. 1, ano VIII, janeiro-junho/2015.
- CAMPDERRICH, Ramón. **Tierra y Mar: Historia, Técnica, Legitimidad.** In SCHMITT, Carl. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre La Historia Universal.** Madrid: Trotta, 2007.
- CAPPS, Patrick. **Lauterpacht's Method.** Oxford: British Yearbook of International Law, vol. 82, n. 1, 2011.
- CAREZIA, Gislaine. **ONG's Internacionais. Personalidade Jurídica, Autorização para Funcionamento no Brasil e Atuação no Sistema das Nações Unidas.** In <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32424-39161-1-PB.pdf>. Acesso em 04/10/2016. 18:27 h.
- CASSESE, Antonio. **Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories.** Fiesole: European Journal of International Law, vol. 12, 2001.

\_\_\_\_\_. **The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia**. Fiesole: European Journal of International Law, 2016.

CASSIRER, Ernst. **O Mito do Estado**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

CASTBERG, Frede. **La Méthodologie du Droit International Public**, vol. 43. Leiden: Nijhoff, 1933.

CASTELLS, Manuel. **La Era de la Información. La Sociedad Red**. Vol I. 4 ed. México: Siglo Veintiuno, 2002.

CASTRO, Ana; CASTRO, Lavinia. **Do Desenvolvimento Renegado ao Desafio Sinocêntrico: Reflexões de Antonio de Barros Castro sobre o Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CATROS, Philippe. **"Tout Français est Soldat et se Doit à la Défense de la Patrie" (Retour sur la Naissance de la Conscription Militaire)**. Paris: Annales Historiques de la Révolution Française, vol. 348, abril-junho/2007.

CELOTO, Ronaldo Marcio de Campos. **Uma Europa Cosmopolita**. Aveiro: Debater a Europa. n.9, julho/dezembro 2013.

CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **A Pretendida Universalização dos Direitos Humanos vs. Realidade Cultural - O Caso Indiano**. JUNIOR, Lier Pires Ferreira; BORGES, Paulo (Org.). **Direitos Humanos & Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. Curitiba: Juruá, 2007.

CHAHAB, Martin. **A Tendência dos Conflitos Armados**. In [www.achegas.net/numero/29/martin\\_chahab.29.htm](http://www.achegas.net/numero/29/martin_chahab.29.htm). Acesso em 28/09/2016. 13:09 h.

CHAVEL, Solange. **La Philosophie Politique Néo-Républicaine: Immigration et Non-Domination**, 23/04/2012. In [www.implications-philosophiques.org/actualité/une/la-philosophie-politique-neo-republicaine-immigration-et-non-domination](http://www.implications-philosophiques.org/actualité/une/la-philosophie-politique-neo-republicaine-immigration-et-non-domination). Acesso em 26/12/2016. 22:12 h.

CHENG, Tai-Heng; BENTO, Lucas. **ICSID's Largest Award in History: An Overview of Occidental Petrol Corporation v the Republic of Ecuador**. In <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>. Acesso em 04/10/2016 - 18:57 h.

CHESNAIS, François. **A Teoria do Regime de Acumulação Financeirizado: Conteúdo, Alcance e Interrogações**. Campinas: Economia e Sociedade, vol. 11, n. 1, janeiro/julho/2002.

CHITTHARANJAN, Felix Amerasinghe. **Principles of the Institutional Law of International Organizations**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.p.6.

CHOMKSI, Noam. **Who Rules the World?** Londres: Penguin, 2016.

CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da Guerra**. Livro 8. In <https://www.egn.mar.mil.br/arquivos/cepe/DAGUERRA.pdf>. Acesso em 16/10/2016. 18:05 h.

CLÉMENT, Alain. **Du Bon et du Mauvais Usage des Colonies: Politique Coloniale et Pensée Économique Française au XVIIIe Siècle**. Paris: L'Harmattan, Cahiers d'Économie Politique, n. 56, 2009/1.

COGAN, Jacob Katz. **National Courts, Domestic Democracy and the Evolution of International Law: A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs**. Fiesole: International Journal of International Law, vol. 20, n. 4, 2010.

COHEN-JONATHAN, Gérard. Rapport Introductif Général. COHEN-JONATHAN, Gérard; FLAUSS, Jean-François. **Droit International, Droits de L'Homme et Jurisdictions Internationales**. Bruxelles: Bruylant, 2004.

COLES, Roberta. **Manifest Destiny Adapted of 1990's War Discourse: Mission and Destiny Interwined**. Milwaukee: Sociology of Religion, vol. 63, n. 4, inverno/2002.

COLOMBO, Umberto. **The Technology Revolution and the Restructuring of the Global Economy**. MUROYAMA, Janet H.; GUYFORD, H. (Org.). Washington: National Academy Press, 1988.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Fragmentation Du Droit International: Difficultés Découlant de la Diversification et de L'Éxpansion du Droit International**. KOSKENNIEMI, Martti (Org.). Nova Iorque/Genebra: Annuaire de la Commission du Droit International, 2006, vol.II(2).

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Recueil des Arrêts. Affaire du "Lotus"**, series A, n. 10, 07/09/1927. In [www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf). Acesso em 25/10/2016. 17:38 h.

\_\_\_\_\_. **S.S. Wimbledon, julgamento de 17/08/1923**, Série A, n.1. Primeiro Relatório Anual da Corte Permanente de Justiça Internacional (01/01/1922 – 15/06/1925), Série E, n. 1, p. 163/168. In [www.legal.un.org/PCUsummaries/documents/english/5\\_e.pdf](http://www.legal.un.org/PCUsummaries/documents/english/5_e.pdf). Acesso em 25/12/2016. 19:55 h.

CRANE, Philip (org.). **United States-China Trade Relations and the Possible Acession of China to World Trade Organization**. Darby (PA): Diane Publishing, 2001.



CUTLER, A. Claire. **Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law and the Global Political Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CUTRALE, Daniela. **Reservas aos Tratados Multilaterais e a sua Aplicação em Temas Relacionados a Direitos Humanos: Análise do Parecer das Reservas à Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol.17, jan./jun., 2016. p.87. In <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Daniela-Cutrale-Reservas-aos-tratados-multilateraiseasuaaplica%C3%A7%C3%A3o-em-temas-relacionados-aos-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em 30/09/2016. 17:20 h.

D'ASPREMONT, Jean. **Hart et Le Positivisme Postmoderne em Droit International**. Paris: *Révue Générale de Droit International Publique*, vol. 3, 2009.

\_\_\_\_\_. **The Permanent Court of International Justice and Domestic Courts: A Variation in Roles**. Amsterdam: Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, n. 21, 2011.

D'AVILA, Filipe Lobo. **Uma Justiça Penal Internacional sem os Estados Unidos da América**. Lisboa: Nação & Defesa, primavera/2006, n. 113, serie 3.

DE WET, E. **The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order**. Leiden: *Leiden Journal of International Law*, n. 19, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Globalisation Économique et Universalisme des Droits de L'Homme. 7e. Conférence Albert-Mayrand**. Montréal: Éditions Thémis, 2004.

\_\_\_\_\_. **L'Emergence d'un Ordre Juridique Mondial ?** In [http://asmp.fr/travaux/communications/2011\\_12\\_19\\_delmas.htm](http://asmp.fr/travaux/communications/2011_12_19_delmas.htm). Acesso em 20/10/2016. 12:01 h.

\_\_\_\_\_. **Le Pluralisme Ordonné**. Paris: Seuil, 2006. *Apud* DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné et les Interactions entre Ensemble Juridiques**. In [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article\\_Daloz.pdf](http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Daloz.pdf). Acesso em 03/06/2016.

\_\_\_\_\_. **Le Pluralisme Ordonné et les Interactions entre Ensemble Juridiques**. In [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article\\_Daloz.pdf](http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Daloz.pdf). Acesso em 03/06/2016.

\_\_\_\_\_. **The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law**. Oxford: *Journal of International Criminal Justice*, n. 1, 2003.

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DRUCKER, Peter. **The New Realities**. Londres: Routledge, 2011.

DUPLESSIS, Isabelle. **Le Vertige et la *Soft Law*: Réactions Doctrinales en Droit International**. In [www.crimt.org/PDF/hs07\\_duplessis.pdf](http://www.crimt.org/PDF/hs07_duplessis.pdf). Acesso em 20/10/2016. 12:34 h.

DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?**Fiesole: European University Institute, LAW, n. 14, 2006.

\_\_\_\_\_. **L'Unité de L'Ordre Juridique International. Cours Général de Droit International Public**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2003.

\_\_\_\_\_. **The Constitutional Dimension of the UN Charter Revisited**. Leiden: Max Planck Yearbook United Nations International Law. n.1, 1997.

\_\_\_\_\_. **Unité d'Application du Droit International à L'Echelle Globale et Responsabilité des Juges**. Fiesole: European Journal of Legal Studies, vol. 1, n.2, 2007.

EASTERLY, William; FRESCHI, Laura. **Top 5 Reasons Why "Failed State" is a Failed Concept**. In <http://www.nyudri.org/aidwatcharchive/2010/01/top-5-reasons-why-%E2%80%9Cfailed-state%E2%80%9D-is-a-failed-concept>. Acesso em 17/09/2016.

EASTWOOD, R.A. **A Brief Introduction to Austin's Theory of Positive Law and Sovereignty**. Londres: Sweet & Maxwell, 1916.

EINZIG, Paul. **The Euro-Dollar System: Practice and Theory of International Interest Rates**. 5 ed. Londres: Macmillan, 1973.

ELIADE, Mircea. **Mito do Eterno Retorno. Cosmo e História**. São Paulo: Mercuryo, 1992.

EMBREE, Lester. **Visão de Causalidade: Merleau-Ponty em Michotte**. Goiânia: Revista da Abordagem Gestáltica, vol. XIII, n. 2, julho/dezembro/2007.

ERLICH, Ludwik. **The Development of International Law as a Science. Recueil des Cours**, vol. 102. Leiden:Nijhoff, 1965.

ESPÓSITO, Carlos. **Advisory Opinions and Jurisdiction of the International Tribunal**. SCHEIBER, Harry N.; PAIK, Jin-Hyun (Org.).**Regions, Institutions and Law of the Sea: Studies in Ocean Governance**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013.

ESTY, Daniel C. et al. **State Failure Task Force Report: Phase II Findings**. Washington: Environmental Change & Security Project Report, Issue 5, verão/1999.

EVANS, Brynn M. **United States Unilateralism: A Global Threat for the 21 st. Century**. <http://web.stanford.edu/class/e297a/A%20Global%20Threat%20for%20the%2021st%20Century.htm>. Acesso em 09/11/2016. 17:58 h.

- FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel. **Repenser le Constitutionnalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation** (Org.). Paris: Société de Législation Comparée, 2011.
- FALK, Richard. **La Globalización Depredadora. Una Crítica**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno de Argentina, 2002.
- FASSBENDER, B. **The United Nations Charter as a Constitution of the International Community**. Nova Iorque: Columbia Journal of Transnational Law, n. 36, 1998.
- FASTENRATH, Ulrich. **Relative Normativity in International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 4, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia e Garantismo**. Madri: Trotta, 2008. *Apud*.
- GARGARELLA, Roberto. **Sin Lugar para la Soberanía Popular. Democracia, Derechos y Castigo en el Caso Gelman**. Acesso em [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf). 23/06/2015. 15:33 h.
- FIORI, José Luís (Org.). O Poder Global dos Estados Unidos: Formação, Expansão e Limites. *In O Poder Americano*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. **Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law**. Ann Arbor: Michigan Journal of International Law, vol. 25, 2004.
- FLEURS, Johns. **Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception**. Fiesole: The European Journal of International Law, vol. 16, n.4, 2005.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FRANCIONI, Francesco. **Private Military Contractors and International Law: An Introduction**. Fiesole: The European Journal of International Law, vol. 19, n. 5, 2008.
- FREUD, Sigmund. **Além do Princípio do Prazer. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud**, vol. XIV. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Os Instintos e suas Vicissitudes. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud**, vol. XIV. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- FRIEDMAN, Milton. **Inflation and Unemployment. Nobel Memorial Lecture**, 1976. In [WWW.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1976/friedman-lecture.pdf](http://WWW.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1976/friedman-lecture.pdf). Acesso em 25/12/2016.12:00 h.
- FRYDMAN, Benoît. Comment Penser le Droit Global ?FRYDMAN, Benoit (Org.). **La Science du Droit dans la Globalisation**. Bruxelas: Bruylant, 2012.

- FRYDMAN, Benoît. **Le Dialogue International des Juges et La Perspective Idéale d'une Justice Universelle**. In [www.philodroit.be/IMG/pdf/B.\\_Frydman\\_-\\_Conclusion\\_-\\_Le\\_dialogue\\_international\\_des\\_juges\\_-\\_30\\_mars\\_2007.pdf?lang=fr](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._Frydman_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf?lang=fr). Acesso em 26/03/2016.
- FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o Último Homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Articles of Agreement of the International Monetary Fund**. Washington: Fundo Monetário Internacional, abril/2016. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/>. Acesso em 27/09/2016. 16:53 h.
- \_\_\_\_\_. **Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies: Declaration of Principles**. In <https://www.imf.org/external/np/mae/mft/code/index.htm>. Acesso em 22/09/2016. 18:00h.
- FURTADO, Celso. **Raízes do Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- GALLAGHER, Norah. Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens. MISTELIS, Loukas; LEW, Julian D.M. (Orgs.). *Pervasive Problems in International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2006. p. 329/356. *Apud* AYMONE, Priscila Knoll. **A Problemática dos Procedimentos Paralelos: O Princípio da Litispêndência e da Coisa Julgada em Arbitragem Internacional**. São Paulo: Faculdade de Direito da USP (tese de doutorado), 2011.
- GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Les Juges dans la Mondialisation: La Nouvelle Révolution du Droit**. Paris: Seuil, 2005.
- GARBER, Peter M. The Collapse of the Bretton Woods Fixed Exchange Rate System. BORDO, Michael D.; EICHENGREEN, Barry (Org.) **A Retrospective on the Bretton Woods System: Lessons for International Monetary Reform**. Chicago: Chicago University Press, 1991.
- GARDINER, Nile. **The Decline and Fall of the United Nations: Why the U.N. Has Failed and How It Can Be Reformed**. St. Paul: Macalester International, vol. 19, 2007.
- GARGARELLA, Roberto. **Sin Lugar para la Soberanía Popular. Democracia, Derechos y Castigo en el Caso Gelman**. Acesso em [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf). 23/06/2015. 15:33 h.
- GASPAR, Renata Alves; AMARAL, Guilherme. **Sequestro Internacional de Menores: Os Tribunais Brasileiros Têm Oferecido Proteção Suficiente?** Belo Horizonte: Meritum, vol. 8. n.1, 2013.

- GASPARD, Françoise. **Le Foulard de la Dispute**. Paris: Cahiers du Genre, n. 3, 2006.
- GAURIER, Dominique. **Histoire du Droit International. De L'Antiquité à la Création de l'ONU**. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2014.
- GAVRILOVITCH, Michel. **Étude sur le Traité de Paris de 1259 entre Louis IX, Roi de France, & Henri III, Roi D'Angleterre**. Paris: Librairie Émile Bouillon, 1899.
- GEORGE, James P. **International Parallel Litigation - A Survey of Current Conventions and Model Laws**. Austin: Texas International Law Journal, vol. 37, 2002.
- GERARD, Philippe; KERCHOVE, Michel van de. **La Réception de l'Oeuvre de H.L.A.Hart dans La Pensée Juridique Francophone**. Bruxelles: Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques, vol. 59, 2007/2.
- GIBSON, Heather D. **The Eurocurrency Markets, Domestic Financial Policy and International Instability**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1989.
- GILROY, John Martin. **An Evolutionary Paradigm for International Law: Philosophical Method, David Hume and the Essence of Sovereignty**. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2013.
- GINDIN, Sam; PANITCH, Leo. **The Making of Global Capitalism: The Political Economy of American Empire**. Londres/Nova Iorque: Verso Books, 2012.
- GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma. Antiguidade Clássica II**. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GOBBI, Hugo. **El Nuovo Orden Internacional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- GOLDENBERG, Jose. Brazil. In GOLDBLAT, Jozef (Org.). **Non Proliferation. The Why and the Wherefor**. Londres: Taylor & Francis, 1985.
- GOLDMAN, David. Historical Aspectos of Globalization and Law. DAUVERGNE, Catherine (Org.). **Jurisprudence for an Interconnected Globe**. Farnham: Ashgate Publishing, 2003.
- GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. **A Theory of Customary International Law**. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper, n.63, 2004.
- GONÇALVES, Reinaldo. **Ô Abre-Alas. A Nova Inserção do Brasil na Economia Mundial**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- \_\_\_\_\_. **O Nó Econômico**. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Uso da Força no Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 107, julho/dezembro/2013.
- GOWAN, Peter. **A Roleta Global. Uma Aposta Faustiana de Washington para a Dominação do Mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

- GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GRACIEUX, Christophe. **Loi Pasqua sur les Conditions d'Entrée et de Séjour des Immigrés**. Paris: Jalons, 19/06/1993.
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Vol 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GREWAL, David Singh. **The Domestic Analogy Revisited: Hobbes on International Order**. New Haven: The Yale Law Journal, vol. 125, 2016.
- GROTIUS, Hugo. **The Free Sea or A Disputation Concerning the Right which the Hollanders Ought to Have to the Indian Merchandise for Trading**. Indianapolis: Liberty Fund, 2004.
- GROVES, Steven. **Accession to U.N. Convention on the Law of the Sea Would Expose the U.S. to Baseless Climate Change Lawsuits**. Washington: Backgrounder, n. 2660, março/2012.
- GUGGENHEIM, Paul. **Contribution à L'Histoire des Sources du Droit des Gens**. Cours Général, vol 94. Leiden: Nijhoff, 1958.
- GUILLAUME, Gilbert. **The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order**. Haia: Corte Internacional de Justiça, 2000. In <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>. Acesso em 12/07/2016.
- GURUSWAMY, Lakshman D. **Should UNCLOS or GATT/WTO Decide Trade and Environment Disputes ?** Minneapolis: Minnesota Journal of Global Trade, vol. 7, n.287, 1998.
- GUZMAN, Andrew. **The Consent Problem in International Law**. Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Working Paper Series, 03/10/2011.
- HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- \_\_\_\_\_. Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance? HABERMAS, Jürgen (Org.) **The Divided West**. Malden: Polity, 2006.
- \_\_\_\_\_. **La Constelación Posnacional. Ensayos Políticos**. Barcelona: Paidós, 2000.
- HAFNER, Gerhard. **Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law**. Ann Arbor: Michigan Journal of International Law, vol. 25, n.4, 2003/2004.

- HAMMAN, Andrea; FABRI, Hélène Ruiz. Réseaux Transnationaux et Constitutionnalisme. FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel. **Repenser le Constitutionnalisme à l'Âge de la Mondialisation et de la Privatisation**. Paris: Société de Législation Comparée, 2011.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- HARVEY, David. A Compressão do Tempo-espaço e a Condição Pós-moderna. HARVEY, David (Org.) **A Condição Pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1989.
- \_\_\_\_\_. **La Condición de la Posmodernidad. Investigación sobre los Orígenes del Cambio Cultural**. Buenos Aires: Amorrortu, 1998.
- \_\_\_\_\_. **O Novo Imperialismo**. São Paulo: Loyola, 2004.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Parte I. 2ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Princípios da Filosofia do Direito**. Lisboa: Guimarães, 1959.
- HENKIN, Louis. **How Nations Behave**. 2 ed. Nova Iorque: Columbia University Press, 1979.
- HERNÁNDEZ, Gleider. **A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of "International Community"**. Oxford: The British Yearbook of International Law, vol. 83, n.1, 2012.
- HÖFFE, Otfried. **El Proyecto Político de la Modernidad**. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- HOFSTÖTTER, Bernhard. **'Can She Excuse My Wrongs?'The European Court of Justice and International Courts and Tribunals**. Zagreb: Croatian Yearbook of European Law and Policy, vol. 3, 2007.
- HOLLINGSWORTH, David Anthony. **The Rise, the Fall and the Recovery of Southeast Asia's Minidragons: How Can Their History be Lessons We Shall Learn During the Twenty-First Century and Beyond?** Plymouth:Lexington Books, 2007.
- HOLMES, Pablo. **The Retic of 'Legal Fragmentation'and Its Discontents. Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law**. Utrecht: Utrecht Law Review, vol. 7, n.2, 2011.
- HOWARD, Laurence. **Chinese Currency Manipulation: Are There Any Solutions?** Atlanta: Law Emory Review, vol. 27, 2013. In [http://www.law.emory.edu/eibr/\\_documents/volumes/27/2/comments/howard.pdf](http://www.law.emory.edu/eibr/_documents/volumes/27/2/comments/howard.pdf). Acesso em 02/10/2016. 19:20 h.

- HOWSE, Robert; TEITEL, Ruti. **Does Humanity-Law Require (or Imply) a Progressive Theory of History? (And Other Questions for Martti Koskenniemi)**. Philadelphia: Temple International and Comparative Law Journal, vo. 27, n. 2, 2013.
- HUNTINGTON, Samuel P. **El Choque de Civilizaciones y la Reconfiguración del Orden Mundial**. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- HURTADO, Cesar Barros. **El Hombre ante el Derecho Internacional: Ensayo para una Teoría de la Soberanía Humana**. Buenos Aires: El Ateneo, 1949. *Apud* MATTOS, Adherbal Meira. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- IGLESIAS, Fernando A. **Globalizar la Democracia. Por um Parlamento Mundial**. Buenos Aires: Manantial, 2006.
- IKAWA, Daniela. Implicações Jurídicas da Globalização Econômica. *In* PIOVESAN, Flavia (Org.) **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- INNES, Mathew. **State and Society in the Early Middle Ages. The Middle Rhine Valley, 400-1000**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR MANAGEMENT AND DEVELOPMENT (IMD). **Dialogues on Globalisation Series. Exchange Rates and Trade: Should the WTO Get Involved?** Lausanne: Insights@IMD, n.40, 2014.
- INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- JARDIM, Tarciso Dal Maso. **Brasil Condenado a Legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Da Obrigação de Tipificar o Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado. Texto para Discussão 83, janeiro/2011.
- JAVILLIER, Jean-Claude. Responsabilité Sociétale des Entreprises et Droit : des Synergies Indispensables pour un Développement Durable. JAVILLIER, Jean-Claude (Org.). **Gouvernance, Droit International et Responsabilité Sociétale des Entreprises**. Genebra: Institute International d'Études Sociales, 2007.
- JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration: le Droit International Privé Postmoderne. Recueil des Cours**, v.251. Leiden: Nijhoff, 1995.
- JENKINS, Brian; SOFOS, Spyros A. Nation and Nationalism in Contemporary Europe. A Theoretical Perspective. JENKINS, Brian; SOFOS, Spyros A.(Org.). **Nation and Identity in Contemporary Europe**. Londres: Routledge, 2003.
- JENKS, Wilfred C. **The Common Law of Mankind**. Nova Iorque: Columbia Law Review, vol. 59, n. 3, março/1959.



- \_\_\_\_\_. **The Conflict of Law-Making Treaties**. Oxford: British Yearbook of International Law (BYBIL), vol.30,1953. In [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com). Acesso em 10/06/2016.
- JESSOP, Bob. **Fordism and Post-Fordism: a Critical Reformulation**. Londres: Routledge, 1992.
- JESSUP, Philip. **Transnational Law**. New Haven : Yale University Press, 1956.
- JOHNSTONE, Ian. **US-UN Relations after Iraq: The End of the World (Order) As We Know It?** Fiesole: European Journal of International Law, vol. 15, n. 4, 2004.
- JOUANNET, Emmanuelle. **L'Influence des Principes Généraux Face aux Phénomènes de Fragmentation Du Droit International Contemporain ou L'Ambivalence des Príncipe Généraux face au Caractere Étrange Et Complexe de L'Ordre Juridique International**. <[http://cerdin.univ-paris1/IMG/pdf/Pg\\_et\\_fragmentation-version\\_CERDIN.pdf](http://cerdin.univ-paris1/IMG/pdf/Pg_et_fragmentation-version_CERDIN.pdf)>. Acesso em 23/06/2012.
- \_\_\_\_\_. **Le Juge International face aux Problèmes d'Incohérence et d'Instabilité du Droit International. Quelque Réflexion à Propos de L'Arrêt CIJ Du 6.11.2003**. Paris: Revue Générale de Droit International Public, n. 4, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law ?** Fiesole: European Journal of International Law, vol. 18, n. 3, 2007.
- KANT, Immanuel. **Hacia la Paz Perpetua. Um Esbozo Filosófico**. 2 ed. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Idea de una Historia Universal desde un Punto de Vista Cosmopolita**. Buenos Aires: Prometeu, 2008.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?The 2006 Freshfields Lecture**. Oxford: Arbitration International, vol. 23, n. 3, 2007.
- KAZI, T.B. **Effects of Globalization on Work and Organizations: Exploring Post-Industrialism, Post-Fordism, Work and Management in the Global Era**. Boston: Inquiries Journal, vol. 3, n. 12.
- KELSEN, Hans. **Les Rapports de Système entre Le Droit Interne et le Droit International Public**, vol. 14. Leiden: Nijhoff, 1926 .
- \_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. vol. 1, 2 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.
- \_\_\_\_\_. **Théorie Du Droit International Public. Recueil des Cours**,vol.84. Leiden: Nijhoff, 1953.
- KENNEDY, David. **The Mistery of Global Governance**. Ada (OH): Ohio Northern University Law Review, vol. 34, 2008.p.16.
- \_\_\_\_\_. **When Renewal Repeats: Thinking Against the Box**. Nova Iorque: New York University Journal of International Law and Politics, vol. 32, n. 2, 2000.

KEOHANE, Robert O (Org.). **Neorealism and its Critics**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1986.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Atlas, 1992.

KINGSBURY, Benedict. **A Grotian Tradition of Theory and Practice? Grotius, Law, and Moral Skepticism in the Thought of Hedley Bull**. In [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5584&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5584&context=faculty_scholarship). Acesso em 31/10/2016.11:49 h.

KLABBERS, Jan. **Clinching the Concept of Sovereignty: Wimbledon Redux**. In [www.helsinki.fi/eci/Publications/Klabbers/Wimbledon.pdf](http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Klabbers/Wimbledon.pdf). Acesso em 25/12/2016. 19:37 h.

KLEINLEIN, Thomas. **Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism ?** Göttingen: Goettingen Journal of International Law, vol. 4, n. 2, 2012.

KNOPPING, Owen Alan. **Why an Interest Equalization Tax?** Williamsburg: William and Mary Law Review, vol. 5, 1964.

KOCHI, Tarik. **Dreams and Nightmares of International Liberal Law: Capitalist Accumulation, Natural Rights and State Hegemony**. Brighton: Law Critique, 2016.

KOH, Tommy T.B. **Remarks at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea: A Constitution for the Oceans**. [www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/koh\\_english.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf). Acesso em 23/06/2012.

KOHLER, Wolfgang. **An Old Pseudoproblem**, 1929. In <http://gestalttheory.net/archive/kohl1.html>. Acesso em 16/10/2016. 16:10 h.

KOSKENNIEMI, Maarti (Org.). Nova Iorque/Genebra: **Annuaire de la Comission du Droit International**, 2006, vol.II(2).

KOSKENNIEMI, Martti. **Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization**. Tel Aviv: Theoretical Inquires in Law, vol. 8, n. 1, 2007.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education**. Fiesole: European Journal of Legal Studies. In <http://www.ejls.eu/1/3UK.htm>. Acesso em 03/06/2014.

\_\_\_\_\_. **From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law**. Oxford: Constellations, vol. 15, n. 2, 2008.

\_\_\_\_\_. **Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law.** Fiesole: European Journal of International Law, vol. 2, 1997.

\_\_\_\_\_. **Rapport Préliminaire sur la Fragmentation du Droit International: Difficultés Découlant de la Diversification et de L'Expansion du Droit International. Groupe d'Étude sur la Fragmentation,** Commission du Droit International, ILC (CVI)/SG/FIL/CRD.1, 2004.

KOSKENNIEMI, Martti; MOSLEY, Christopher C. **The Work of the International Law Comission at Its Fifty-Fifth Session.** In [www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskeniemi/MILC.pdf](http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskeniemi/MILC.pdf). Acesso em 12/06/2016.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi, **Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties.** Leiden: Leiden Journal of International Law, vol. 15, 2002.

KRASNER, Stephen D. **Soberanía, Hipocresía Organizada.** Barcelona: Paidós, 2001.

\_\_\_\_\_. **Sovereignty.** Washington: Foreign Policy, janeiro/fevereiro 2001, n. 122.

\_\_\_\_\_. **State Power and Structure of International Trade.** Cambridge: World Politics, vol. 28, n. 3, abril/1976.

KRISCH, Nico. **Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. **Constitutionalism and Pluralism: A Reply to Alec Stone Sweet.** Oxford: International Journal of Constitutional Law, vol. 11, n. 2, 2013.

KRISTOL, William; KAGAN, Robert. **Toward a Neo-Reaganite Foreign Policy.** Nova Iorque: Foreign Affairs, vol. 75, n.4, julho/agosto 1996.

KRULIC, Joseph. **L'Immigration et l'Identité de La France: Mythes et Realités.** Paris: Pouvoirs – Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques, n. 47, novembro/1988.

KUNKEL-RAZUM, Kathrin; SCHOLZE-STUBENRECHT, Werner; WERMKE, Mathias (Org.). **Duden. Deutsches Universal-Wörterbuch.** Mannheim: Bibliographisches Institut & F.A. Brockhaus, 2003.

KUNZ, Josef L. **Alfred Verdross, Die Einheit des Rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Volkerrechtsverfassung.** In <http://www.digizeitschriften.de/dms/img/?PID=GDZPPN00008381X&physid=phys129#navi>. Acesso em 26/10/2016. 17:00 h.

\_\_\_\_\_. **La Crise et la Transformation du Droit des Gens.** vol 88. Leiden: Nijhoff, 1955.

- KWIATOWSKA, Barbara. **Southern Bluefin Tuna**. Washington: American Journal of International Law, vol. 95, n. 1, janeiro 2001.
- LA TORRE, Massimo. **Le Modèle Hiérarchique et Le Concept de Droit de Hart**. Kranj: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, vol. 21, 2003.
- LANDO, Massimo. **Establishing the Existence of a Dispute under UNCLOS at the Provisional Measures Stage: The Enrica Lexie Case**. Napoli: Questions of International Law, vol. 22, 2015.
- LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da Psicanálise. Laplanche e Pontalis**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LAPLANTINE, François. **Aprender Antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- LATTY, Franck. Les Règles Applicables aux Relations Sportives Transnationales. BERGE, Jean-Sylvestre; et al (Org.). **La Fragmentation du Droit Applicable aux Relations Internationales**. Paris: Pedone, 2011.
- LAUTERPACHT, Hersch. **The Covenant as the Higher Law**. International Law. Being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht. vol. 4. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- \_\_\_\_\_. **The Function of Law in International Community**. Oxford: Clarendon Press, 1933.
- \_\_\_\_\_. **The Grotian Tradition in International Law**. Oxford: British Yearbook of International Law, vol. 23, 1946.
- \_\_\_\_\_. The Reality of the Law of the Nations. LAUTERPACHT, Hersch. Collected Papers, vol. 2. Cambridge: Editora E. Lauterpacht, 1970.p. 26. Apud MARTINEAU, Anne-Charlotte. **The Retic of Fragmentation: Fear and Faith in International Law**. Leiden: Leiden Journal of International Law, vol. 22, 2009.
- LAVRANOS, Nikolaos. **Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals**. Heidelberg: Heidelberg Journal of International Law, 2008.
- LEEBRON, David W. **Linkages**. Washington: American Journal of International Law, n. 96, 2002.
- LEGRO, Jeffrey W.; MORAVCSIK, Andrew. **Is Anybody Still a Realist?** Cambridge(MA): International Security, vol. 24, n. 2, outono/1999.
- LESSER, Anthony H. **H.L.A.Hart on International Law**. Washington: Kritikos, vol. 11, abril/setembro/2014.
- LEVY, David J. **International Litigation. Defending and Suing Foreign Parties in U.S. Federal Courts**. Washington: American Bar Association, 2003.

- LIEBFRIED, Stephen; et al. Introduction: Transformations of the State. LIEBFRIED, Stephen; et al (Org.). **The Oxford Handbook of Transformations of the State**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- LIMA, HERMES. **Introdução à Ciência do Direito**. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- LINDROOS, Anja; MEHLING, M. **Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes International Law and the WTO**. Fiesole:European Journal of International Law, n. 16, 2005.
- LINTON, Suzannah. **The International Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals**. Chicago: Chicago Journal of International Law, vol. 9, n. 2, artigo 4, 2009.
- LIPSCHULTZ, R.; VOGEL, C. Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation. HALL, R.B.; BIERSTECKER, T.J.(Orgs.). **The Emergence of Private Authority in Public Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- LOBO, Maria Teresa de Cárcamo. **Manual de Direito Comunitário**. Curitiba: Juruá, 2001.
- LOCK, Tobias. **The European Court of Justice and International Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- LORZ, Ralph Alexander. Local Remedies Rule in Public International Law and in Investment Protection Law. BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues**. Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.
- LOSANO, Mario G. **Sistemas e Estruturas no Direito**. vol. III.São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LOWENSTEIN, Roger. **The Nixon Shock**. *In* <http://www.bloomberg.com/news/articles/2011-08-04/the-nixon-shock>. Acesso em 09/09/2016.
- LUHMANN, Niklas. Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997.p.170/779. *Apud* SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. **Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 17, n. 3, 2006.
- \_\_\_\_\_. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- \_\_\_\_\_. Recht und Automation in der Öffentlichen Verwaltung. Eine Verwaltungswissenschaftliche Untersuchung. Berlim: Duncker & Humblot, 1966. *Apud*
- LOSANO, Mario G.**Sistemas e Estruturas no Direito**. vol. III.São Paulo: Martins Fontes, 2011.p376.

- MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. **O Mito de Francisco de Vitoria: Defensor dos Índios ou Patriota Espanhol?** Brasília: Revista de Direito Internacional, vol. 9, n. 1.
- MAGALLONA, Merlin M. **The Concept of Jus Cogens in Vienna Convention on the Law of Treaties.** Manila: Philippine International Law Journal, vol. 51, n. 5, 1976.
- MAHON, Rianne; KEIL, Roger. **Leviathan Undone? Towards a Political Economy of Scale.** Vancouver: University of British Columbia Press, 2010.
- MANKIW, Nicholas Gregory. **Macroeconomia.** Rio de Janeiro: LTC, 1995.
- MARCOS, Jadna Sônia. **Agência de Rating, Sistema Financeiro Internacional e o Caso do Risco Soberano do Brasil, de 2002 a 2013.** Florianópolis: dissertação de mestrado, UFSC, 2014. In <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/130924/332803.pdf?sequence=1>. Acesso em 22/09/2016.
- MARÉS, Carlos Frederico. Soberania do Povo, Poder do Estado. In NOVAES, Adauto (Org.) **A Crise do Estado-Nação.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- MARK, Joshua J. **The Battle of Kadesh and the First Peace Treaty.** In Ancient History Encyclopedia, 18/10/2012. <http://www.ancient.eu/article/78>. Acesso em 16/09/2016.18:18 h.
- MARKANTONATOU, Maria. **The Ideal-typical Transition from Fordism to Post-Fordism: A Neopositivist Problem Setting.** Pireu: European Research Studies, vol. 10, Assunto 1-2, 2007.
- MARTINEAU, Anne-Charlotte. **La Fragmentation Du Droit International: Um Renouveau Repete da La Pensée?** <http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Martineau009.pdf>. Acesso em 28/07/2009.16:19 h.
- \_\_\_\_\_. **The Retic of Fragmentation: Fear and Faith in International Law.** Leiden: Leiden Journal of International Law, vol. 22, 2009.
- MARTÍNEZ, Rafael Cervantes et alli. **Transnacionalización y Desnacionalización. Ensayos sobre el Capitalismo Contemporáneo.** Buenos Aires: Tribuna Latinoamericana, 2000.
- MARX, Karl. **A Companhia das Índias Orientais: Sua História e as Consequências de su Actividade.** Nova Iorque: New York Daily, 24/06/1853. In <https://www.marxists.org/portugues/marx/1853/06/24.htm>. Acesso em 20/09/2016. 17:40 h.
- \_\_\_\_\_. **O Capital. Crítica da Economia Política.** Livro 1. Vol I. **O Processo de Produção do Capital.** 22 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- MATTOS, Adherbal Meira. **Direito Internacional Público.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

McCORMICK, Thomas J. **America's Half-Century: United States Foreign Policy in the Cold War and After**. 2 ed. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1995.

McFATE, Sean. **What Does the Return of Mercenary Armies Mean for the World**. In <https://aeon.co/essays/what-does-the-return-of-mercenary-armies-mean-for-the-world>. Acesso em 22/10/2016.11:27 h.

McKINNON, Ronald I. **The Eurocurrency Market**. New Jersey: Princeton University. Essays in International Finance, n. 125, 1977.

McLACHLAN, Campbell. **Lis Pendens in International Litigation**. Haia: Brill, 2009.

MECA, Diego Sanchez. **Nietzsche ou a Eternidade do Tempo**. In <http://www.cadernosnietzsche.unifesp.br/home/item/252-nietzsche-ou-a-eternidade-do-tempo>. Acesso em 25/11/2016. 15:14 h.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MEDEIROS, Carlos Aguiar de. O Desenvolvimento Tecnológico Americano no Pós-Guerra como um Empreendimento Militar. In FIORI, Jose Luis (Org.). **O Poder Americano**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

MELO, Suzana Vasconcelos de. **Alienação (*Entfremdung*) e Estranheza (*Fremdheit*): Dois Paradigmas Culturais do Ocidente**. São Paulo: Pandaemonium, n. 17, julho/2011.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, vol. II. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Internacional - Uma Introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MICHAELS, Ralf. **The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism**. In [www.scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2016&content=faculty\\_scholarship](http://www.scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2016&content=faculty_scholarship). Acesso em 19/10/2016. 13:21 h.

\_\_\_\_\_. **Two Paradigms of Jurisdiction**. Ann Arbor: Michigan Journal of International Law, vol. 27, 2007.

MIKO, Samantha A. **Norm Conflict, Fragmentation and the European Court of Human Rights**. Boston: Boston College Law Review, vol. 54, 2013. In <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss3/18>. Acesso em 06/03/2016.

MILLS, Alex. **Rethinking Jurisdiction**. Oxford: British Yearbook of International Law, 2014.

- MINC, Alain. **Le Nouveau Moyen Âge**. Paris: Gallimard, 1993.
- MISHKIN, Frederic S. **Inflation Targeting**. In <https://notendur.hi.is/ajonsson/kennsla2013/01ENCYC.pdf>, julho de 2001. Acesso em 22/09/2016.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Económico**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MONGIN, Olivier. **Du Capitalisme Fordiste au Capitalisme Patrimonial**. Paris: Revue Esprit, novembro/1998.
- MONTEIRO, Henrique; et al. Diversidade Cultural e Religiosa na União Européia: Desafios para um Cenário de Maior Tolerância, Pluralismo e Coesão Social na Região. CANDIDO, Debora Antonia Lobato; et al (Orgs.). **Justiça Enquanto Responsabilidade: Potencial Transformador dos Agentes no Mundo**. São Paulo: Cultura, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. 3 ed. São Paulo: Abril, 1985.
- MOREIRA, Adriano. **Tratado de Tordesilhas, de 7 de junho de 1494**. Lisboa: Nação e Defesa, n. 70, abril/junho 1994.
- MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas, 1974.p. 35. *Apud* GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORENO, Francisco. **Immigration: Ni Assimilation ni Multiculturalisme**. In [www.contrepoints.org/2015/11/10/228504-immigration-viii-ni-assimilation-ni-multiculturalisme](http://www.contrepoints.org/2015/11/10/228504-immigration-viii-ni-assimilation-ni-multiculturalisme). Acesso em 26/12/2016. 22:38 h.
- MORGENTHAU, Hans J. **Politica entre las Naciones. La Lucha por el Poder y la Paz**. 6 ed. Buenos Aires: GEL, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Positivism, Functionalism and International Law**. Washington: American Journal of International Law, n. 31, 1940.
- MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. São Paulo: Landy, 2005.
- MURPHY, Patrick. **A Federal Practitioner's Guide to Supplemental Jurisdiction Under 28 U.S.C. Par. 1367**. Milwaukee: Marquette Law Review, vol. 78, 1995.
- MURPHY, Sean. **Deconstructing Fragmentation's 2016 ILC Project**. Filadélfia: Temple International & Comparative Law Journal (forthcoming), 2013. In <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty-publications>.
- MURPHY, Sean D. **The United States and the International Court of Justice: Coping with Antinomies**. In [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1000391](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1000391). Acesso em 10/01/2016. 13:47 h.



- NAGELS, Jacques. **Elementos de Economia Política. Crítica do Pensamento Único.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- NAISBITT, John. Paradoxo Global. **Quanto Maior a Economia Mundial, Mais Poderosos são os seus Protagonistas Menores: Nações, Empresas e Indivíduos.** 3 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.
- NASSER, Salem Hikmat. **Jus Cogens Ainda Esse Desconhecido.** São Paulo: Revista Direito GV. Vol. 1.n.21.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre a História.** São Paulo: Loyola, 2005.
- NOUR, Soraya. **À Paz Perpétua de Kant. Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.p. 54/60.
- NOYES, Joseph. **The International Tribunal for the Law of the Sea.** Ithaca: Cornell International Law Journal, vol. 32, 1999.
- NOYES, John E. **Treaty Interpretation and Definitions in the Law of the Sea Convention: Comments on Defining Terms in the 1982 Law of the Sea Convention.** San Diego: California Western International Law Journal, vol. 32, n. 2, 2001.
- NWAUBANI, Ebere. **The United States and Decolonization in West Africa, 1950-1960.** Rochester: University of Rochester Press, 2001.
- ODA, Shigeru. **Disputes Settlement Prospects in the Law of the Sea.** Cambridge:International and Comparative Law Quarterly.vol.44, 1995.
- OELLERS-FRAHM, Karin. **Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions.** Alphen aan den Rijn: Kluwer, Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 5, 2001.
- OLIVEIRA, Luciano. Não Fale do Código de Hamurabi! A Pesquisa Sócio-Jurídica na Pós-Graduação em Direito. OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e Outros Ensaio de Sociologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- OPPENHEIM, Lassa. **International Law. A Treatise.** vol. I. Londres: Longman, 1905.
- ORAKHELASHVILI, Alexander. **The Idea of European International Law.** Fiesole: The European Journal of International Law, vol. 17, n. 2, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Third United Nations Conference on the Law of the Sea. A/CONF.62/C.3/SR.15. Summary Records of Meetings of the Third Committee. 15 th. Meeting.** Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 2009.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **Participation of Developing Countries in World Trade: Overview of Major Trends and Underlying Factors.** In [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/devel\\_e/w15.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/w15.htm). Acesso em 19/10/2016.18:47 h.

- OST, François. **Vers un Droit Universel, la Fin d'un Vieux Rêve ?** In <http://www.dhdi.free.fr/recherche/theoriedroit/articles/ostdroituniversel.pdf>. Acesso em 20/10/2016.19:03 h.
- PAUWELYN, Joost. **Conflicts of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.
- PANIC, Milivoje. **Globalization and National Economic Welfare**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2005.
- PATRIOTA, Antonio de Aguiar. **O Conselho de Segurança Após a Guerra do Golfo. A Articulação de um Novo Paradigma de Segurança Coletiva**. Brasília: Instituto Rio Branco, 1998.
- PAULSSON, Jan. **The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners**. Oxford: Journal of International Disputes Settlement, vol. 1, n. 2, 2010.
- PAYANDEH, Mehrdad. **The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A.Hart**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 21, n. 4, 2011.
- PAZ, Raut Yael. **Making it Whole: Hersch Lauterpacht's Rabbinical Approach to International Law**. Göttingen: Goetting Journal of International Law, vol. 4, n. 2, 2012.
- PEDERNEIRAS, Raul. **Direito Internacional Compendiado**. 10 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.
- PEEL, Jacqueline. **A Paper Umbrella which Dissolves in the Rain? The Future for Resolving Fisheries Disputes under UNCLOS in the Aftermath of the Southern Bluefin Tuna Arbitration**. Melbourne: Melbourne Journal of International Law, vol. 3, 2002.
- PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **Direito Institucional e Material do MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- PETHŐ, Sándor. **The Birth of the Modern State and its Function Changes**. Oxford: International Relations Quarterly, vol. 1, n. 4, inverno/2010.
- PICCIOTTO, Sol. **Constitutionnaliser la Gouvernance à Niveaux Multiples?** FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel (Orgs.) Repenser le Constitutionnalisme à L'Âge de la Mondialisation et de la Privatisation. Paris: Société de Législation Comparée, 2011.
- PILSON, Gilles. **Le Nombre et La Part des Immigrés dans La Population: Comparaisons Internationales**. Paris: Population & Sociétés, n. 472, novembro/2010. In [www.ined.fr/fichier/s\\_rubrique/203/pop\\_et\\_soc\\_fr\\_472.2010.fr.pdf](http://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/203/pop_et_soc_fr_472.2010.fr.pdf). Acesso em 27/12/2016.17:28 h.

PIND, Jörgen L. **Figure and Ground at 100**. Londres: The Psychologist, vol. 25, n. 1, janeiro/2012.

PROST, Mario; CLARK, Paul Kingsley. **Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?**Oxford: Chinese Journal of International Law, vol.5, n.2, 2006.

PROVOST, Claire; KENNARD, Matt. **The Obscure Legal System That Lets Corporations Sue Countries**. Londres: The Guardian, 10/06/2015. In .  
<https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>. Acesso em 18:46 h.

PUREZA, José Manuel. **Ordem Jurídica, Desordem Mundial. Um Contributo para o Estudo do Direito Internacional**. Coimbra: Revista Crítica de Ciências Sociais, vol. 64, 2002.

RALPH, Jason. **Defending the Society of States: Why America Opposes the International Criminal Court and Its Vision of World Society**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

RAMANUJAN, Adarsh. **Conflicts over Conflict: Preventing Fragmentation of International Law**. Jodhpur: Trade, Law and Development, vol. 1, n. 1, 2009.

RAWLS, John. **El Derecho de Gentes y una Revisión de la Idea de Razón Pública**. Barcelona: Paidós, 2001.

RAYFUSE, Rosemary. **The Future of Compulsory Dispute Settlement under The Law of The Sea Convention**. Wellington: *Victoria University of Wellington Law Journal* vol.1, n. 28, 2005.

REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Nacionalidade e Políticas de Imigração na França**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, n. 39, fevereiro/99.

REISMAN, W. Michael. **International Law After the Cold War**. New Haven: Yale Law School Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 873, 1990.

RIEGL, Martin. Introduction: Geopolitical and Geostrategic Threats of the Contemporary World. RIEGL, Martin; LANDOVSKY, Jakub (Org.). **Strategic and Geopolitical Issues in the Contemporary World**. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2013.

RIVIÈRE, Angel; NUÑEZ, Maria; BARQUERO, Beatriz; FONTELA, Federico. Influence of Intentional and Personal Factors in Recalling Historical Texts: A Development Perspective. CARRETERO, Mario; VOSS, James (Org.) **Learning and Reasoning in History**. Milton Park: Routledge. International Review of History Education, vol. 2, 2013.

RÖBEN, Volker. **The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant of Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?** Leiden: Nordic Journal of International Law, 73, 2004.

\_\_\_\_\_. **The Southern Bluefin Tuna Case: Re-Regionalization of the Settlement of Law of the Sea Disputes ?** Heidelberg: Max Planck Institute, 2002.p. 61/72. In <http://www.zaoerv.de>. Acesso em 10/02/2016.

ROBINSON, William I. **Théorie Sociale et Mondialisation: L'Avènement de l'État Transnational.** Paris: Revue Periode, 15/06/2015.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. Impunidade na América Latina: Tribunais Nacionais e Desafios Ainda Existentes. PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.) **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada.** Brasília/Oxford: Oxford University, 2011.

ROMMEN, Heinrich A. **The Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy.** Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

ROSSI, Lucia Serena. **Globalization and International Law.** MENEZES, Wagner (Org.). Direito Internacional no Cenário Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2003.

ROXSTROM, Erik; GIBNEY, Mark; EINARSEN, Terje. **The NATO Bombing Case (Bankovic et al. vs. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection.** Boston: Boston University International Law Journal, vol. 23, 2005.

RUGGIE, John Gerard. Continuity and Transformation in the World Polity: Toward a Neorealist Synthesis. KEOHANE, Robert O (Org.). **Neorealism and its Critics.** Nova Iorque: Columbia University Press, 1986.

SALBUCHI, Adrian. **El Cerebro del Mundo. La Cara Oculta de la Globalización.** 4 ed. Córdoba: Ediciones del Copista, 2003.

SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização. Do Pensamento Único à Consciência Universal.** Rio de Janeiro: Record, 2005.

SARTRE, Jean-Paul. **L'Existencialisme est un Humanisme.** Paris: Nagel, 1970.

SAURON, Jean-Luc. **Cours d'Institutions Européenes. Le Puzzle Européen.** 2 ed. Paris: Gualino, 2004.

SCHEECK, Laurent. **Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks.** In <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/researchcentres/csgr/garnet/workingpapers/2307.pdf>. Acesso em 11/07/2016.

SCHERER, Matthias. **When Should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration?** Geneva: ASA Bulletin, vol. 20, n. 3, setembro/2002.

SCHILL, Stephan W. International Investment Law and General Principles of Law. BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues.** Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.

\_\_\_\_\_. **W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law.** In [www.globallawbooks.org](http://www.globallawbooks.org). Acesso em 19/10/2016.17:27 h.

SCHILLING, Theodor. **On the Constitutionalization of General International Law.** Nova Iorque: Jean Monnet Working Paper 06/05, 2005.

SCHMALENBACH, Kirsten. Struggle for Exclusiveness. In BUFFARD, Isabelle et al (Orgs.). **International Law Between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner.** Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

SCHMITT, Carl. **Catolicismo y Forma Política.** Buenos Aires: Areté, 2009.

\_\_\_\_\_. **El Leviathan em La Teoría del Estado de Tomás Hobbes.** Buenos Aires: Editorial Struhart, 2002.

\_\_\_\_\_. **El Nomos de la Tierra en El Derecho de Gentes del *Ius Publicum Europaeum*.** Madrid: CEC, 1979.

\_\_\_\_\_. Ex Captivitate Salus. SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus. La Unidad del Mundo. Catolicismo y Forma Política.** Buenos Aires: Editorial Struhart, 2012.

\_\_\_\_\_. **La Tiranía de Los Valores.** Buenos Aires: Hydra, 2010.

\_\_\_\_\_. La Unidad del Mundo. SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus. La Unidad del Mundo. Catolicismo y Forma Política.** Buenos Aires: Editorial Struhart, 2012.

\_\_\_\_\_. **Tierra y Mar. Una Reflexión sobre la Historia Universal.** Madrid: Trotta, 2007.

SCHWARZENBERGER, Georg. **A Manual of International Law.** 5 ed. Londres:Stevens, 1967.

\_\_\_\_\_. **The Fundamental Principles of International Law,** vol. 87. Leiden: Nijhoff, 1955.

SCHWÖBEL, Christine. **The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers.** Charlottesville: German Law Journal, vol. 13, n.1, 2012.

SCOTT, James B. **The Legal Nature of International Law**. Nova Iorque: Columbia Law Review, vol. 5, n. 2, fevereiro/1905.

SCOTT, Robert E. **By Devaluating Its Currency, China Exports Its Unemployment**. Washington: Economic Policy Institute, 12/08/2015. In <http://www.epi.org/blog/by-devaluating-its-currency-china-exports-its-unemployment/>. Acesso em 22/09/2016.18:21 h.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SERDY, Andrew. **The Paradoxical Success of UNCLOS Part XV: A Half-Hearted Reply to Rosemary Rayfuse**. Wellington: Victoria University of Wellington Law Review, vol 36, 2005.

SERRA, Antonio Truyol y. **Theorie du Droit International Public. Cours Général**, vol. 173. Leiden: Nijhoff, 1981.

\_\_\_\_\_. **Verdross et la Théorie du Droit**. Fiesole: European Journal of International Law, 1994, vol. 5.

SERRANO, Franklin. **Relações de Poder e a Política Macroeconômica Americana, de Bretton Woods ao Padrão Dólar Flexível**. In FIORI, Jose Luis. **O Poder Americano**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

SEYMOUR, Jillaine. **The International Tribunal for the Law of the Sea. A Great Mistake?** (The Earl Snyder Lecture in International Law).Bloomington: Indiana Journal for Global Legal Studies, vol. 13, 2006.

SHAFFER, Gregory. **International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World**. Oxford: Oxford university Press, 2012.

SHARMA, Rajesh. **Enforcement of Arbitral Awards and Defense of Sovereignty: The Crouching Tiger and the Hidden Dragon**. In <https://www.ulapland.fi/loader.aspx?id=9d3552eb-bc97-4627-9933-81bea431ec16>. Acesso em 22/10/2016. 00:40 h.

SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**.5 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. **Theory of the Global State: Globality as an Unfinished Revolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SHIH-TSUNG, Wang. **The Conference of Berlin and British 'New' Imperialism, 1884-85**. In [http://140.142.79/publish/pdfs/22/22\\_08.pdf](http://140.142.79/publish/pdfs/22/22_08.pdf). Acesso em 17/01/2016. 17:02 h.

SILVA, Karine de Souza. **O Direito da Comunidade Europeia. Fontes, Princípios e Procedimentos**. Ijuí: Unijuí, 2005.

SIMMA, Bruno. **The Work of the International Law Commission at Its Fifty-Fourth Session** (2002). Leiden: Nordic Journal of International Law, vol. 32, n.1, 2003.

\_\_\_\_\_. **Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 20, n. 2, 2009.

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. **Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 17, n. 3, 2006.

SINGH, Kavaljit. **Taming Global Financial Flows. Challenges and Alternatives in the Era of Financial Globalization: A Citizen's Guide**. Londres : Zed Books, 2000.

SIRÖEN, Jean-Marc. **L'OMC et la Mondialisation des Economies**. In <http://www.dauphine.fr/siroen/TexteCGC.pdf>. Acesso em 19/10/2016. 17:40 h.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A New World Order. RAUSTIALA, Kal (Org.) **The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law**. Charlottesville: Virginia Journal of International Law, n. 43, 2002.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **International Law in a World of Liberal States**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 6, 1995.

SLAUGHTER, Steven. **Global Governance Against World Government ?** <http://wgresearch.org/global-governance-against-world-government/>. Acesso em 09/11/2016. 18:6 h.

SMUTS, Jan Christiaan. **Holism and Evolution**. Londres: Macmillan, 1936.

\_\_\_\_\_. **The League of Nations. A Practical Suggestion**. Londres: Hodder and Stoughton, 1919.

SOREL, Jean-Marc. La Constitutionnalisation du Droit International: Conflits et Concurrence des Sources du Droit? Fausse Querelle, Mais Vraies Questions. FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel (Orgs). **Repenser le Constitutionnalisme à l'Âge de la Mondialisation et de la Privatisation**. Paris: Société de Législation Comparée, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SPENGLER, Oswald. **The Decline of the West. Form and Actuality**. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1926.

STICHWEH, Rudolf. **The History and Systematics of Functional Differentiation in Sociology**. <https://www.fiw.uni->

bonn.de/demokratieforschung/personen/stichweh/pdfs/89\_stw\_the-history-and-systematics-of-functional-differentiation-in-sociology.02.pdf. Acesso em 10/10/2016.

STONE, Julius. **A Sociological Perspective on International Law**. MAC DONALD, Ronald S.J.; JOHSTON, Douglas M. (Org.) Dordrecht: Nijhoff, 1986.

STRANGE, Susan. **States and Markets**. 2 ed. Londres: Continuum, 1994.

\_\_\_\_\_. **The Retreat of the State. The Diffusion of the Power in the World Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

SWEET, Alec Stone. **Constitutionalism, Legal Pluralism and International Regimes**. Bloomington: Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 16, assunto n. 2, artigo n. 11, 2009.

TARSITANO, Bruno da Silva. **O Eterno Retorno da Vontade de Sistema: Os Direitos Humanos na Nova Ordem Global**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

TAVARES, Maria da Conceição; BELUZZO, Luiz Gonzaga. A Mundialização do Capital e a Expansão do Poder Americano. In FIORI, Jose Luis. **O Poder Americano**. Petrópolis: Vozes, 2004.

TAVERNIER, Paul. L'Identification de Règles Fondamentales – Un Problème Résolu ?

TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Org.) **The Fundamental Rules of the International Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

TCHAKAROVA, Velina. Coping with the Global Power Shift from the West to the East: What Role for the EU in its European Neighbourhood? LANDOVSKY, Jakub (Org.). **Strategic and Geopolitical Issues in the Contemporary World**. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2013.

TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society**. TEUBNER, Gunther (Org.). Global Law Without a State. Dartmouth: Aldershot, 1997.

\_\_\_\_\_. **The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism**. Londres: Transnational Legal Theory Journal, vol. 4, n. 1, 2013.

THEUTENBERG, Bo Johnson. **Mare Clausum et Mare Liberum**. Calgary: Arctic, vol. 37, n. 4, dezembro/1984.

TIBA, Firew Kebede. **What Caused the Multiplicity of International Courts and Tribunals?** Spokane: Gonzaga Journal of International Law, vol. 10, 2002.

TIETJE, C. Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes. Neuwied: Deutsches Verwaltungsblatt, vol. 118, n. 17, 2003. Apud. BOGDANDY, Armin von; DELLAVALLE, Sergio. **Universalism and Particularism as Paradigms of International**



**Law.** Nova Iorque: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. IILJ Working Paper 2008/3, 2008.

TIETJEL, Christian; BERING, Jürgen. Beyond Formal Criteria: Determining Nationality of Corporations in 'Hard Cases'. BERING, Jürgen et al. **General Public International Law and International Investment Law - A Research Sketch on Selected Issues.** Halle: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 105, 2011.

TIMSIT, Gérard. *Thèmes et Systèmes de Droit.* Paris: PUF, 1986. *Apud* DELMAS-MARTY, Mireille. **Globalisation Économique et Universalisme des Droits de L'Homme. 7e. Conférence Albert-Mayrand.** Montréal: Éditions Thémis, 2004.

TOLDY, Teresa Martinho. “Sonhos Secularistas” e “Direitos das Mulheres”: Notas acerca de uma “Relação Ambígua”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 90, 2010. Acesso em <http://rccs.revues.org/1754>. 26/10/2104.13:38 hrs.

TOYNBEE, Arnold. **A Humanidade e a Mãe-Terra. Uma História Narrativa do Mundo.** Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TRIEPEL, Carl Heinrich. **Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International,** vol. 1. Leiden: Nijhof, 1923.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

TZENG, Peter. **Supplemental Jurisdiction Under UNCLOS.** Houston: Houston Journal of International Law, vol. 38, 2016.

VALTER, Leonardo Krause. **Dolarização do Equador: os Determinantes, o Processo e os Impactos.** Porto Alegre: tese de doutorado, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, 2015.

In file:///E:/doutorado%20uerj/a%20dolariza%C3%A7%C3%A3o%20do%20equador%20valter.pdf. Acesso em 22/09/2016.

VAN HARTEN, Gus. **The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State.** Cambridge: International and Comparative Corporate Law Quarterly, vol. 56, n. 2, 2007.

VAN VOOREN, Bart; WESSEL, Ramses A. **EU External Relations Law. Text, Cases and Materials.** Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

- VASUDEVAN, Ramaa. **Finance, Imperialism and the Hegemony of the Dollar**. Nova Iorque: Monthly Review, vol. 59, Assunto 11, abril/2008.
- VERDROSS, Alfred. **Le Fondement du Droit International. Cours Général**, vol.16. Leiden: Nijhoff, 1927.
- VERMA, Sawalia Bihari, UPADHAYAY, Yogesh; BAJPAI, Anil Kumar. **Globalisation at the Crossroads**. Nova Delhi: Sarup & Sons, 2008.
- VICUÑA, Francisco Orrego. **International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitucionalization, Accessibility, Privatization**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Lis Pendens Arbitralis**. [http://www.arbitration-icca.org/media/4/32472823740148/media012224290630120lis\\_pendens\\_arbitralis.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/32472823740148/media012224290630120lis_pendens_arbitralis.pdf). Acesso em 18/02/2016.
- VIET, Vincent. **Présentation de son Ouvrage La France Immigré. Constrution d'une Politique 1914-1997. Conférence du 22/01/1999**. In [www.barthes.ens.fr/clio/revues/AHI/articles/preprints/viet.html](http://www.barthes.ens.fr/clio/revues/AHI/articles/preprints/viet.html). Acesso em 26/12/2016. 21:42 h.
- VITORIA, Francisco de. **Relecciones sobre los Indios y el Derecho de Guerra**. 3 ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1975.
- VOLBEDA, M. Bruce. **The MOX Plant Case: The Question of 'Supplemental Jurisdiction' for International Environment Claims Under UNCLOS**. Austin: Texas International Law Journal, vol. 42, 2006.
- VON MISES, Ludwig. **Interventionism: An Economic Analysis**. Irvington: The Foundation for Economic Education, 1998.
- VRDOLJAK, Ana Filipa. **Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law**. Fiesole: European Journal of International Law, vol. 20, n. 4, 2010.
- WALKER, George K. **Defining Terms in the 1982 Law of the Sea Convention**. San Diego: California Western International Law Journal, vol. 32, n. 2, 2001.
- WALKER, Neil. **Au-Delà des Conflits de Compétence et des Structures Fondamentales: Cartographie du Désordre Global des Ordres Normatifs**. FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel. **Repenser le Constitutionnalisme à L'Âge de la Mondialisation et de la Privatisation**. Paris: Société de Législation Comparée, 2011.
- WALLERSTEIN, Immanuel. **Patterns and Perspectives of the Capitalist World-Economy. Contemporary Marxism**. São Francisco: Synthesis, n. 9, 1984.

WALSH, Carl E. **October 6, 1979**. São Francisco: FRBSF Economic Letter, n. 35, 03/12/2004.

WALTZ, Kenneth. *Anarchic Orders and Balances of Power*. KEOHANE, Robert O (Org.). **Neorealism and its Critics**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Neorealism: Confusions and Criticisms**. In [http://archive.helvidius.org/2004/2004\\_Waltz.pdf](http://archive.helvidius.org/2004/2004_Waltz.pdf). Acesso em 03/11/2016. 16:27 h.

\_\_\_\_\_. *Reductionist and Systemic Theories*. KEOHANE, Robert O (Org.). **Neorealism and its Critics**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1986.

WEBB, Philippa. **International Judicial Integration and Fragmentation**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad. Libro I. Teoría de La Organización Social**. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

WEIL, Prosper. **Le Droit International en Quête de son Identité. Cours Général de Droit International Public**. vol. 237. Leiden: Nijhoff, 1992.

\_\_\_\_\_. **Towards Relative Normativity in International Law ?** Washington: American Journal of International Law, vol. 77, 1983.

WELLENS, Karel. *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflexions on Current Trends*. Nova Iorque: New York International Law, n. 25, 1994. p.36/37. Apud DUPUY, Pierre-Marie. **Fragmentation Du Droit International ou des Perceptions qu'on en a ?** Fiesole: European University Institute, LAW, n. 14, 2006.

WENDT, Alexander. **Why a World State is Inevitable? Teleology and the Logic of Anarchy**. [www.comw.org/qdr/fulltext/03wendt.pdf](http://www.comw.org/qdr/fulltext/03wendt.pdf). Acesso em 09/11/2016.18:52 h.

WERTHEIMER, Max. **Gestalttheorie**, 1924. In <http://gestalttheory.net/archive/wert1.html#>. Acesso em 16/10/2016 – 15:55 h.

WERTHEIMER, Max. **Laws of Organization in Perceptual Forms**, 1923. In <http://psychclassics.yorku.ca/Wertheimer/Forms/forms.htm>. Acesso em 18/10/2016. 17:21 h.

WILLIAMSON, John. **A Short History of the Washington Consensus**. Barcelona: CIDOB Conference working paper, 2004. In <https://piie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>. Acesso em 09/09/2016.

WHEATLEY, Steven. **The Democratic Legitimacy of International Law**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2010.

WOLFRUM, Rudiger. **Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea**. Berlim: Springer. Indian Journal of International Law, vol. 37, n.3, 1997.

WORSTER, William Thomas. **Competition and Comity in the Fragmentation of International Law**. Nova Iorque: Brooklyn Journal of International Law, vol. 34, 2009.

ZERAH, Dov. **L'Exigence d'une Gouvernance Mondiale**. Paris: LGDJ, 2013.

#### **Sítios e Páginas Consultadas:**

[www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). Acesso em 19/01/2016.

[www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). Acesso em 13/01/2016.

[www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf). Acesso em 15/01/2016.

[www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf). Acesso em 18/01/2016.

[www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf). Acesso em 18/01/2016.

[www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). Acesso em 19/01/2016.

[www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf). Acesso em 19/01/2016.

[www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No.%2061846.pdf?fil\\_id=1112](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No.%2061846.pdf?fil_id=1112). Acesso em 19/01/2016.

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. Acesso em 13/01/2016.

[http://www.opcw.org/docs/cwc\\_eng.pdf](http://www.opcw.org/docs/cwc_eng.pdf). Acesso em 26/01/2006. 19:48 h.

[http://www.europa.eu.int/constitution/py/ptoc2\\_pt.htm](http://www.europa.eu.int/constitution/py/ptoc2_pt.htm). Acesso em 08/02/2006. 14:47 h.

[http://www.europa.eu.int/constitution/pt/ptoc4\\_pt.htm#a15](http://www.europa.eu.int/constitution/pt/ptoc4_pt.htm#a15). Acesso em 08/02/2006. 19:51 h.

<https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/manualp.pdf>. Acesso em 03/10/2016. 17:40 h.

<http://www.icj-cij.org/cijwww/decisions/csummaries/cisunsommaire490411.htm>. Acesso em 15/02/2006. 17:01 h.

[http://www.wwf.org.br/natureza\\_brasileira/questoes\\_ambientais/certificacao\\_florestal/](http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/questoes_ambientais/certificacao_florestal/).

Acesso em 04/10/2016.

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>. Acesso em 20/10/2016. 15:01.

<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>. Acesso em 20/10/2016. 15:40 h.

[http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_07/17\\_Interets\\_allemands\\_en\\_Haute\\_Silesie\\_polonaise\\_Fond\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf). Acesso em 20/10/2016. 15:45 h.

[http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_20/64\\_Emprunts\\_Bresiliens\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/64_Emprunts_Bresiliens_Arret.pdf). Acesso em 20/10/2016. 15:50 h.

[http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_02/06\\_Mavrommatis\\_en\\_Palestine\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf). Acesso em 20/10/2016. 15:55 h.

[http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/en/ce-csi1/trt\\_ce\\_csi1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/en/ce-csi1/trt_ce_csi1.pdf). Acesso em 22/10/2016. 00:32 h.

<http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1302552.html>. Acesso em 12/12/2016. 16:40 h.

[http://histegeo.org/EED\\_conscription.pdf](http://histegeo.org/EED_conscription.pdf). Acesso em 22/10/2016. 10:42 h.

[http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/koh\\_english.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf). Acesso em 22/10/2016. 16:22 h.

<http://chm.pops.int/default.aspx>. Acesso em 22/10/2016. 16:25 h.

<http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. p. 1.

<http://www.echr.coe.int>. Acesso em 22/10/2014. 15:32 h. Requête 31645/04. p. 22.

[www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-](http://www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_migrant_population_statistics/fr)

[explained/index.php/Migration\\_migrant\\_population\\_statistics/fr](http://www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_migrant_population_statistics/fr). Acesso em 27/12/2016.

16:53 h.

<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Acesso em 01/11/2016. 09:45 h.

<http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>. Acesso em 10/11/2016. 17:22 h.

[http://purl.pt/162/1/brasil/obras/tratado\\_tordesilhas/ficha.html](http://purl.pt/162/1/brasil/obras/tratado_tordesilhas/ficha.html). Acesso em 16/01/2016. 12:11 h.

<http://www.europeantreaties02deveuoft.pdf>. Acesso em 16/01/2016. 17:47 h.

<http://www.itu.int/en/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/constitutionsConventions/5.1.61.fr.200.pdf>. Acesso em 17/01/2016. 16:45 h.

[http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_AB/AB\\_63/01\\_Oscar\\_Chinn\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_63/01_Oscar_Chinn_Arret.pdf). Acesso em 17/01/2016. 18:09 h.p. 1/88.

<http://pantherfile.uwm.edu/prec/www/course/egypt/274RH/Texts/HititeEgypcianTreaty.htm>. Acesso em 16/01/2016.17:27 h.

[www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.1/8 Acesso em 13/01/2016.

[www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no1.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no1.pdf). p.1.Acesso em 19/01/2016.

[www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no2.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no2.pdf). p.1/2.Acesso em 19/01/2016.

[www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no3.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no3.pdf). p.1.Acesso em 19/01/2016.

[www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no4.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no4.pdf). p.1.Acesso em 19/01/2016.

[www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no5.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no5.pdf). p.1.Acesso em 19/01/2016.

[www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.1/109.Acesso em 19/01/2016.



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Faculdade de Direito

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados v.4**

Rio de Janeiro

2017



Orientador: Professor Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Rio de Janeiro

2017



CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C416 Cerqueira, Luis Eduardo Bianchi.

O Caso “Mox de Sellafield”- do Projeto Constitucionalista de Estado Mundial ao Direito Internacional Feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados / Luis Eduardo Bianchi Cerqueira. - 2017.

767 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional - Teses. 2. Direitos humanos - Teses. 3. Soberania - Teses. I. Macedo, Paulo Emílio Vauthier Borges de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

**O caso “Mox de Sellafield”- do projeto constitucionalista de Estado mundial ao Direito Internacional feudalizado : origens e consequências do atual conflito estrutural entre regimes autônomos de tratados**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para obtenção do título de doutor em Direito. Área de concentração Direito Internacional.

Aprovada em 20 de fevereiro de 2017

Banca Examinadora:

---

Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo (Orientador)

Prof. Dr. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Professora Dra. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Raphael Carvalho de Vasconcelos

Professor Dr. da Faculdade de Direito da UERJ

---

Antônio Celso Alves Pereira

Professor Dr. da Faculdade de Direito da UVA

---

Rafael Zelesco Barretto

Professor Dr. da Faculdade de Direito da Unilassale

Rio de Janeiro

2017

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
1	<b>ASPECTOS METODOLÓGICOS</b> .....	20
2	<b>O CASO “MOX DE SELLAFIELD” – A PEDRA ANGULAR DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL</b> .....	50
2.1	<b>Introdução e Contextualização: Diferenciação Funcional, Criação de Regimes Autônomos de Tratados e o Relatório Koskenniemi</b> .....	50
2.2	<b>Descrição dos Procedimentos Judiciários do Caso MOX de Sellafield</b> .....	58
2.3	<b>Repercussões do Caso MOX na Doutrina</b> .....	65
2.3.1	<u>A Questão da Subsidiariedade</u> .....	66
2.3.2	<u>A Questão dos Artigos 281 e 282 da Convenção UNCLOS e a Convenção OSPAR</u> .....	83
2.3.3	<u>A Questão da Jurisdição Suplementar do Mecanismo de Solução de Controvérsias da Convenção UNCLOS</u> .....	86
2.4	<b>Posições doutrinárias sobre a fragmentação do Direito Internacional</b> .....	106
2.4.1	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como uma Quebra Indesejável do Sistema</u> .....	106
2.4.2	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Mero Discurso</u> .....	130
2.4.3	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Manifestação Saudável de Pluralismo</u> .....	141
2.4.4	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Resultado de uma Intencionalidade</u> .....	152
2.4.5	<u>A Fragmentação do Direito Internacional como Gerencialismo</u> .....	158
2.5	<b>Casos Relacionados</b> .....	163
2.5.1	<u>O Caso Tadic</u> .....	163
2.5.2	<u>O Caso Nada</u> .....	166
2.5.3	<u>O Caso "Southern Bluefin Tuna"</u> .....	169
2.6	<b>Possíveis Soluções para o Conflito entre os Diferentes Regimes de Tratados</b> .....	175
2.6.1	<u>O Princípio <i>Lis Pendens</i> Internacional</u> .....	175

2.6.1.1	Possíveis Soluções de Natureza Processual para o Conflito.....	185
2.6.1.2	Possíveis Soluções de Outra Natureza para o Conflito.....	194
2.6.2	<u>Há Possibilidade de Solução do Conflito Estrutural entre Diferentes Regimes de Tratados?</u> .....	211
2.6.3	<u>O Direito Fornece Todas as Respostas para o Problema do Conflito Estrutural?</u>	217
2.7	<b>Conclusão: a Questão é Bem Mais Complexa do que Aparenta</b> .....	218
3	<b>A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O ESPAÇO TRANSNACIONAL</b> .....	227
3.1	<b>Introdução: A Relação entre a Formação de um Espaço Jurídico Transnacional e a Fragmentação do Direito Internacional</b> .....	227
3.2	<b>A Formação do Espaço Jurídico Transnacional: A Pulsão Fragmentadora</b>	230
3.2.1	<u>Do Padrão de Acumulação Fordista ao Padrão de Acumulação Flexível</u> .....	230
3.2.2	<u>Das Transformações Ocorridas nos Sujeitos, no Objeto e na Forma do Direito Internacional</u> .....	271
3.2.3	<u>O Papel da Diferenciação Funcional na Fragmentação do Direito Internacional: da Alegada Impossibilidade de um Sistema de Direito Internacional, em Razão do Isolamento de suas Partes Componentes</u> .....	310
3.2.4	<u>Capital Internacionalizado e Fragmentação do Direito Internacional: um Casamento de Conveniência</u> .....	324
3.2.5	<u>Da Insegurança Jurídica Resultante do Conflito entre os Supostos Subsistemas de Direito Internacional</u> .....	331
3.2.6	<u>Direito Internacional Contemporâneo, a Sua Autonomia e o Conceito de “Gestalt”</u> .....	338
3.3	<b>A Feudalização do Direito Internacional</b> .....	348
3.3.1	<u>A Privatização do Direito Internacional</u> .....	351
3.3.1.1	A Privatização das Fontes de Direito Internacional: as Normas Não nacionais e as Normas Não estatais.....	353
3.3.1.2	A Privatização da Administração da Justiça Internacional.....	358
3.3.1.3	A Privatização dos Atos Jurídicos Materiais, na Guerra e na Paz.....	362
3.3.1.4	A Privatização dos Sujeitos de Direito Internacional: o Cosmopolitismo e as Redes.....	367
3.3.1.5	A Privatização do Objeto do Direito Internacional: a Cidadania Universal e os Novos Temas dos Tratados Internacionais.....	371

3.3.1.6	A Privatização da Forma do Direito Internacional: “ <i>Soft Law</i> ” e Responsabilidade Social.....	374
3.3.2	<u>A Tirania dos Valores no Direito Internacional e os Direitos Humanos.....</u>	377
3.3.3	<u>A <i>Respublica</i> dos Direitos Humanos Será Democrática? O Caso Gelman.....</u>	421
3.4	<b>Conclusão: a Fragmentação do Direito Internacional em um Contexto Mais Amplo.....</b>	423
4	<b>ORIGEM: O PROJETO CONSTITUCIONALISTA DO PÓS GUERRA E O PRETENSO NASCIMENTO DE UM SISTEMA DE DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	433
4.1	<b>Introdução: Um Sistema Jurídico Baseado na Soberania e no Princípio da Igualdade dos Estados.....</b>	433
4.2	<b>Do Projeto Constitucionalista: a Pulsão Unificadora.....</b>	442
4.2.1	<u>Os Primeiros Sinais da Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período Entreguerras.....</u>	445
4.2.2	<u>A Pulsão Unificadora do Direito Internacional e o Período dos Trinta Anos Dourados.....</u>	456
4.2.3	<u>O Arrefecimento da Pulsão Unificadora e a Grande Decepção da <i>Pax Americana</i>.....</u>	463
4.3	<b>Críticas ao Projeto Constitucionalista.....</b>	467
4.3.1	<u>A Crítica dos Realistas.....</u>	467
4.3.2	<u>A Crítica de Hart à Autonomia do Direito Internacional.....</u>	470
4.3.3	<u>A Resistência do Poder Hegemônico à Burocracia Transnacional e ao Estado Mundial.....</u>	476
4.4	<b>Da Substituição do Projeto Natimorto de Constitucionalismo, em Razão de sua Obsolescência: o Fim da Escala Nacional.....</b>	482
4.5	<b>Paradoxo: a Unificação, o Estado Mundial e o Fim do Direito Internacional.....</b>	488
4.6	<b>Conclusão: o Papel do Enfraquecimento das Instituições da Modernidade (Estado Nacional e Soberania) no Retorno ao Estado Anterior.....</b>	491
5.	<b>UMA VISÃO DE LONGO PRAZO A PULSÃO DE REPETIÇÃO: DA ALTERNÂNCIA DAS PULSÕES DE FRAGMENTAÇÃO E UNIFICAÇÃO.....</b>	494
5.1	<b>Introdução: Carl Schmitt, o Eterno Retorno e as Pulsões de Fragmentação</b>	

	<b>e Unificação.....</b>	494
5.2	<b>Soberanias Continentais Europeias versus "Privateers" e Corsários.....</b>	496
5.3	<b>Os Ciclos de Unificação e Fragmentação.....</b>	506
5.4	<b>Qual o Papel da Intencionalidade na Fragmentação do Direito Internacional ?.....</b>	526
5.5	<b>No Longo Prazo, o Direito Internacional é uma "Gestaltung".....</b>	530
5.6	<b>Conclusão: as Pulsões de Fragmentação, Unificação e Repetição são Inerentes à "Gestaltung" do Direito Internacional.....</b>	531
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	538
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	540
	<b>APÊNDICE – DESCRIÇÃO DO CASO MOX.....</b>	583
1	<b>O Procedimento perante o Tribunal Arbitral OSPAR.....</b>	583
1.1	<u>O Memorial Irlandês.....</u>	586
1.2	<u>O Contra memorial do Reino Unido.....</u>	622
1.3	<u>A Réplica Irlandesa.....</u>	663
1.4	<u>A Tréplica do Reino Unido.....</u>	679
1.5	<u>As Decisões Interlocutórias Proferidas.....</u>	680
1.6	<u>A Decisão Final.....</u>	681
2	<b>O Procedimento no Tribunal da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar – UNCLOS.....</b>	691
2.1	<u>O Memorial Irlandês.....</u>	694
2.2	<u>O Contra memorial do Reino Unido.....</u>	722
2.3	<u>A Réplica Irlandesa.....</u>	741
2.4	<u>A Tréplica do Reino Unido.....</u>	745
2.5	<u>As Decisões Interlocutórias.....</u>	746
2.6	<u>A Decisão Terminativa.....</u>	747
3	<b>O Processo perante a Corte Europeia de Justiça.....</b>	747
	<b>ANEXO - Manifestação de Roger Jackling, Representando o Reino Unido, no Décimo quinto Encontro, da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 16/08/1974.....</b>	765

## APÊNDICE – DESCRIÇÃO DO CASO MOX

### 1 O Procedimento perante o Tribunal Arbitral OSPAR<sup>2347</sup>

A arbitragem instituída, com base no artigo 32 da Convenção sobre a Proteção do Ambiente Marinho do Noroeste do Atlântico (simplificadamente, “Convenção OSPAR”), não se deu, sem que, com base no artigo 32(1) da referida, fossem tentadas alternativas, como um pedido de providências direto, para obter as informações do Reino Unido, ou ainda, uma tentativa de conciliação, por intermédio da Comissão OSPAR, o que restou infrutífero<sup>2348</sup>.

Não é incomum que esse *iter* seja previsto no mecanismo de solução de controvérsias de tratados e convenções internacionais, com o fito de se privilegiar as soluções mais pacíficas e simples, evitando maiores atritos entre os Estados envolvidos, da mesma forma que maiores custos.

Uma vez tendo falhado o pedido diretamente formulado à outra parte, ou ainda, a conciliação, parte-se para a arbitragem, que possui um maior grau de contenciosidade. É, portanto, exatamente, o que prevê o artigo 32(1) da dita convenção internacional.

O fundamento para se postular o início dos procedimentos arbitrais foi uma disputa sobre o correto cumprimento do artigo nono da dita convenção<sup>2349</sup>, sendo certo que tal mecanismo de solução de controvérsias somente poderia ser utilizado, no caso de dúvida sobre a interpretação ou o cumprimento de disposição da convenção. O que alegou a Irlanda é que o Reino Unido não teria se desincumbido corretamente da sua obrigação convencional de informar. Em especial, segundo a alegação irlandesa, de informar o que justificaria a instalação de semelhante planta industrial, que traria potenciais riscos ambientais, do ponto de vista econômico. Ou seja, se o risco da utilização de uma usina energética, a base de óxido misto, seria justificável, do ponto de vista do proveito econômico.

Assim, do ponto de vista procedimental, havia uma alegação fundada em interpretação ou cumprimento de disposição convencional, para que se desse início ao procedimento arbitral.

Os árbitros, no sistema OSPAR, foram escolhidos, de modo que a Irlanda e o Reino Unido indicaram um, de sua confiança, bem como, ambos escolheram o Presidente

---

<sup>2347</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.1/8 Acesso em 13/01/2016.

<sup>2348</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.1. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2349</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.1. Acesso em 13/01/2016.

(“*chairman*”) do tribunal arbitral, de um país neutro, também parte da convenção<sup>2350</sup>. O corpo arbitral, portanto, foi formado por três árbitros, com base no artigo 32(5).

O rito previsto na Convenção OSPAR é, caso não decidam de forma contrária as partes, o previsto no artigo 32(4) *usque* (10), desde que a sua aplicação não traga qualquer prejuízo aos demais Estados-parte. No caso concreto, as partes optaram por um rito diverso<sup>2351</sup>.

Segundo consta do artigo quarto desse rito, cada parte pode ser representada por agentes e por um ou mais “agentes delegados”(“*deputy agents*”), bem como, pode ser assistida por pessoa de sua escolha<sup>2352</sup>.

Por outro lado, o artigo sexto estabelece que as partes podem rejeitar a escolha do árbitro, alegando parcialidade ou falta de independência, ou ainda, falta de qualificação para o mister. Caso o árbitro não renuncie às suas funções, o Presidente decide sobre a recusa do árbitro. Na hipótese do árbitro tiver de ser substituído, por qualquer motivo, o método de escolha será o mesmo do artigo quinto<sup>2353</sup>.

No que toca à maneira como a arbitragem se desenvolve, de acordo com o artigo oitavo, isso é decidido em comum pelos árbitros, da forma como bem entenderem, desde que, se respeite a igualdade entre as partes e a possibilidade de ambas as partes apresentarem as suas razões<sup>2354</sup>.

Segundo o artigo nono, do rito escolhido pelas partes, o local da arbitragem é Haia, Holanda, onde a decisão dos árbitros deveria ser proferida<sup>2355</sup>.

Interessantemente, o artigo dez do mencionado rito, cria um cronograma específico para esta arbitragem sob exame, tendo sido estabelecido um prazo para a formalização do pedido e dos seus fundamentos, bem como, para entrega dos memoriais pela Irlanda; a entrega de contra-memoriais pelo Reino Unido; o prazo para a réplica e a tréplica<sup>2356</sup>.

Também é estabelecido que as partes devem juntar os documentos referentes a cada fato alegado, além de explicitar ser vedada qualquer emenda ou alteração do pedido em momento posterior<sup>2357</sup>.

<sup>2350</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.1. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2351</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.1. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2352</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.2. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2353</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.3. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2354</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.3/4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2355</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2356</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2357</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf). p.5. Acesso em 13/01/2016.



O artigo onze estatui que o tribunal arbitral tem o poder de decidir sobre a sua jurisdição, bem como, sobre a admissibilidade do pleito ou de qualquer outra postulação, ocorrida no curso do julgamento. Nesse caso, a questão será tratada como preliminar do julgamento, o qual, na hipótese de recusa da alegação preliminar, segue o seu curso<sup>2358</sup>.

Por seu turno, o artigo doze afirma que o ônus da prova é de quem alega, bem como, que cabe ao tribunal decidir sobre a admissibilidade de evidência, de sua relevância, materialidade e peso. O artigo treze, por outro lado, cuida da produção da prova oral, nada tendo de excepcional<sup>2359</sup>.

O artigo catorze cuida do aspecto da confidencialidade da arbitragem<sup>2360</sup>, tendo em vista a sua natureza, já que se trata de um pleito de obtenção de informações, negadas pelo Reino Unido, versando sobre questões relacionadas à usina nuclear e aspectos técnicos e econômicos de seu funcionamento e operação.

O artigo quinze, por sua vez, trata de medidas de proteção de natureza cautelar (“*interim protection measures*”)<sup>2361</sup> e o dezesseis esclarece que a falta de alguma das partes não impede o desenrolar do julgamento<sup>2362</sup>.

O artigo dezessete estipula que as medidas de rotina e administrativas são decididas pelo Presidente e que as demais são decididas pelo voto da maioria dos árbitros<sup>2363</sup>.

Por sua vez, o artigo dezoito estabelece que a decisão arbitral é final, não cabendo recurso, além de vinculante e obrigatoriamente fundamentada. O artigo dezenove prevê que as normas aplicáveis são as de Direito Internacional, em especial, as da Convenção OSPAR<sup>2364</sup>.

O artigo vinte estabelece um prazo, para que as partes solicitem do tribunal arbitral uma interpretação sobre algum aspecto da decisão<sup>2365</sup>. A interpretação a ser dada integra a decisão final, como se dá com os embargos declaratórios.

Por fim, há disposições sobre custas e suplementação das regras procedimentais pelo tribunal arbitral<sup>2366</sup>.

---

<sup>2358</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf), p.5. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2359</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf), p.5/6. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2360</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf), p.6. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2361</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf), p.6/7. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2362</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf), p.7. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2363</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf), p.7. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2364</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf), p.7. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2365</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf), p.7. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2366</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%Rules%20of%20Procedure%20-%20final.pdf), p.8. Acesso em 13/01/2016.

Assim, o Caso MOX, perante o tribunal arbitral da Convenção OSPAR, como se vê, seguiu um rito próprio, previamente escolhido pelas partes, diverso daquele da convenção em questão e bastante completo.

### 1.1 O Memorial Irlandês<sup>2367</sup>

O memorial irlandês, de 07/03/2002, condensou as principais razões do pleito de arbitragem, narrando, tanto os aspectos fáticos da controvérsia, quanto os aspectos de direito a eles relacionados<sup>2368</sup>.

Afirmou-se, nesse documento, de mais de cento e sessenta páginas, que o Reino Unido teria se recusado a cumprir obrigação de informar, estatuída no artigo nono da Convenção OSPAR, mais especificamente, no que se refere a dois relatórios específicos, da lavra do governo do Reino Unido, contendo informações sobre preços de venda, volumes de venda, vida útil da planta, capacidade de produção da planta, número de trabalhadores que seriam empregados lá, números sobre o transporte da e para a planta e se haveria algum contrato assegurado para absorver o produto da mencionada planta industrial<sup>2369</sup>.

Alegou a Irlanda que, de posse de tais informações, estaria em melhor posição para avaliar o impacto da usina sobre o ambiente marinho da região. De igual modo, alegou que desejaria ter maiores informações sobre o cumprimento, pelo Reino Unido, de suas obrigações relativas à Convenção de 1992 sobre o Ambiente Marinho do Noroeste do Atlântico (OSPAR), à Convenção de 1982 das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e sobre várias disposições legais da Comunidade Europeia, em especial, a diretiva do Conselho 96/29/EURATOM, que trataria de parâmetros básicos de segurança, para a proteção dos trabalhadores e do público em geral contra os perigos da radiação ionizante<sup>2370</sup>.

Em suma, o pleito de informações irlandês, confessadamente, ultrapassaria as margens da Convenção OSPAR, abrangendo, desde o início, matérias atinentes a diversos tratados internacionais diferentes, portanto, a diversos regimes especializados de tratados e convenções internacionais, ainda que, o pleito houvesse sido, inicialmente, direcionado para o mecanismo de solução de controvérsias da Convenção OSPAR.

Resumidamente, os argumentos irlandeses consistiram, na alegação de que a informação que o Reino Unido estaria se recusando a fornecer se referiria ao estado da área marítima em questão; a atividades ou medidas, afetando adversamente esse ambiente, ou

---

<sup>2367</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.1/52. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2368</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2369</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2370</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.4. Acesso em 13/01/2016.

ainda, que poderiam potencialmente afetá-lo; além de atividades ou medidas, introduzidas de acordo com o artigo 9(2) da Convenção OSPAR<sup>2371</sup>.

Porém, no tocante à maior parte dessas informações, o Reino Unido não teria sequer mencionado os motivos da recusa em concedê-las, tendo prosseguido com a recusa no seu fornecimento, o que caracterizaria uma continuidade na violação da obrigação convencional<sup>2372</sup>.

Aduziu que, na parte em que teria informado os motivos da recusa, o Reino Unido teria alegado risco de violação da confidencialidade comercial, que estaria caracterizada como um motivo para a negativa de informação, nos termos do artigo 9(3) da mesma convenção<sup>2373</sup>.

Afirmou, também, que a alegação de violação da confidencialidade comercial, da parte do Reino Unido, diria respeito ao risco que a abertura de tais informações traria à posição competitiva da empresa BNFL – a que iria produzir o óxido misto, na usina em comento -, mas, diz a Irlanda, que o Reino Unido não teria explicado como isso poderia ocorrer, até porque, não existiria qualquer competição viável à dita usina MOX, no mercado relevante<sup>2374</sup>.

Por fim, alegou a Irlanda, apenas *ad argumentandum tantum*, que mesmo que algum risco à posição competitiva da empresa BNFL existisse, ainda assim, esse interesse deveria ser superado em nome do interesse público na revelação de tais informações<sup>2375</sup>.

Em termos fáticos, lembrou a Irlanda que Sellafield seria uma instalação nuclear, presentemente operada pela BNFL (British Nuclear Fuels PLC), que se localizaria na Cumbria, bem próxima ao Mar da Irlanda. Por isso, afirmou que haveria um legítimo interesse, que não teria sido objeto de contestação pelo Reino Unido, no tocante a atividades por ele autorizadas, que pudessem impactar no Mar da Irlanda, em particular, por conta dos potenciais efeitos danosos das emissões radioativas no mar e dos consequentes impactos em áreas marítimas e terrestres do território irlandês<sup>2376</sup>.

Já existiria atividade nuclear na área, desde a década de cinquenta, bem como, haveria no seu histórico um acidente com radiação, no ano de 1957, o que teria motivado as preocupações irlandesas. Por outro lado, em 1993, teria começado a fabricação experimental, de pequenas quantidades de combustível a base de óxido misto, para reatores de água leve. A planta MOX, em discussão, se destinaria a ampliar a produção de combustível para uso em

---

<sup>2371</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2372</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2373</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2374</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2375</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.5. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2376</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.5. Acesso em 13/01/2016.

reatores de água pressurizada e de água fervente. Para tanto, ela se utilizaria dos resíduos das usinas do tipo THORP (unidade de reprocessamento de óxido termal), lá existentes desde 1994, as quais, por sua vez, reprocessariam resíduos dos reatores resfriados a gás avançado e reatores de água leve, separando urânio e plutônio dos produtos da fissão nuclear.<sup>2377</sup>

A preocupação da Irlanda caminharia no sentido do aumento dos efluentes radioativos, pelo início do funcionamento efetivo da usina MOX, além desse funcionamento possibilitar um aumento na atividade e, conseqüentemente, nos efluentes radioativos das usinas THORP, afetando negativamente o ambiente marinho<sup>2378</sup>.

Além disso, como nenhuma usina nuclear no Reino Unido utilizaria o combustível MOX, toda a produção da mesma teria de ser exportada, com um conseqüente aumento no transporte de material radioativo, tendo o Reino Unido se negado a fornecer qualquer informação sobre esse transporte, inclusive sobre o que já se encontraria nos dois relatórios, especificamente referidos no memorial<sup>2379</sup>.

Afirmou a Irlanda que, desde a década de cinquenta, já haveria descargas intencionais e acidentais de radionuclídeos, motivo pelo qual, teria persistentemente protestado, desde então, contra as referidas descargas e contra a utilização de Sellafield para esse fim. Afirmou que essas descargas afetariam a sua soberania sobre águas territoriais, especialmente, levando em conta o aumento das mesmas, na década de setenta, o que teria levado a protestos de diversos governos europeus e a que o Mar da Irlanda se tornasse, segundo a sua alegação, um dos mais poluídos por radiação no mundo<sup>2380</sup>.

Afirmou ainda a Irlanda que, apesar da poluição radioativa ter diminuído, relativamente, a partir da década de oitenta, ainda assim, lagostas e algas teriam apresentado radioatividade e haveria um risco de dano ao comércio e ao turismo, sem falar na vida de seres humanos e outros animais, não apenas pelas descargas da usina MOX, em si – já que, segundo as informações fornecidas pelo Reino Unido, elas seriam relativamente pequenas -, mas, das usinas THORP, que teriam um incremento nas descargas, com a entrada da usina MOX em produção<sup>2381</sup>.

Agregou a tais fatos, o governo irlandês, que, tanto a Irlanda, quanto o Reino Unido, teriam assinado a Declaração de Sintra, que trataria, exatamente, da prevenção da poluição radioativa, tendo sido estabelecidas metas de redução das descargas dessa natureza, até 2020,

---

<sup>2377</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.5/6. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2378</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.6. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2379</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.6. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2380</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.6. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2381</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.6/7. Acesso em 13/01/2016.

com redução ano a ano. Com o aumento das descargas, em razão da instalação da usina MOX, essas metas não teriam sido cumpridas<sup>2382</sup>.

Uma segunda parte do memorial irlandês, relativamente aos fatos, disse respeito ao mercado para o combustível MOX. Para tanto, iniciou com uma breve explicação sobre os três estágios de fabricação do combustível MOX. O primeiro estágio, conforme o memorial irlandês, envolveria o transporte de grandes quantidades de óxidos de urânio e de plutônio, da Inglaterra e do exterior, para reprocessamento em Sellafield<sup>2383</sup>.

Afirmou a Irlanda que esta fase despertaria preocupações, por conta, principalmente, do transporte de plutônio, que envolveria grandes riscos, em área bastante próxima ao território irlandês<sup>2384</sup>. O segundo estágio seria o da manufatura do combustível MOX, que é um óxido misto, por ser feito da mistura de dióxido de plutônio (uma percentagem de 3 a 10%) com dióxido de urânio. Alegou o governo irlandês, que o dióxido de plutônio seria extremamente tóxico, bastando que uma pessoa inalasse menos de cem microgramas dessa substância, para desenvolver câncer de pulmão. Caso ingerisse poucos miligramas, seria muito provável que desenvolvesse câncer de fígado ou nos ossos<sup>2385</sup>.

A principal alegação da Irlanda, quanto a esse particular, seria que o custo da manufatura do combustível MOX não seria menor do que o da estocagem desses resíduos, que seriam usados na sua fabricação, não se justificando economicamente essa transformação. Também se alegou que o funcionamento da usina MOX faria com que houvesse um incremento na produção da usina THORP, que forneceria os insumos daquela, que seriam os seus resíduos, aumentando, ainda mais, os efeitos danosos ao meio-ambiente<sup>2386</sup>.

Prosseguiu o memorial, dizendo que seria na usina MOX, que os dióxidos de urânio e de plutônio passariam pelos três processos industriais, que os transformariam em um pó. Com a adição de um condicionante e de um lubrificante e após outros três processos de transformação, o pó seria modificado até virar uma pelota. Tais pelotas seriam armazenadas na usina de Sellafield, até que viessem a ser necessárias no uso em reatores, como combustíveis<sup>2387</sup>.

Em função dos processos descritos, afirmou o memorial irlandês, que seriam produzidos resíduos radioativos sólidos, líquidos e gasosos. No que toca aos resíduos

---

<sup>2382</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.7. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2383</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p. 7. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2384</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.7. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2385</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.8. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2386</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.8. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2387</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.8. Acesso em 13/01/2016.

líquidos, uma boa parte seria lançada no Mar da Irlanda, enquanto outra parte significativa dos resíduos gasosos seria lançada na atmosfera. No entanto, as informações sobre esses descartes de resíduos seriam limitadas. Até 2001, o pouco que se sabia estaria no estudo de impacto ambiental de 1993, o qual, teria confirmado que a usina produziria uma significativa quantidade de resíduos sólidos, contaminados pela radioatividade do plutônio. Porém, esse estudo de impacto ambiental não falaria onde esses resíduos sólidos viriam a ser armazenados, referindo-se a hipotéticas futuras instalações<sup>2388</sup>.

O mesmo estudo, segundo alegou a Irlanda, também confirmaria que resíduos líquidos seriam lançados no Mar da Irlanda. Da mesma forma, também confirmou que resíduos gasosos contaminados com radiação seriam lançados na atmosfera<sup>2389</sup>.

A própria decisão de 03/10/2001, do governo do Reino Unido, que teria autorizado a construção da usina de combustível MOX, teria admitido esse lançamento de resíduos sólidos, gasosos e líquidos, limitando-se a afirmar que eles seriam gerenciáveis, através dos meios de contenção existentes em Sellafield, não entrando em maiores detalhes<sup>2390</sup>.

Aduziu o memorial irlandês que a produção do combustível MOX envolveria riscos bastante distintos da produção de outros combustíveis: a fábrica seria totalmente automatizada, confiando apenas em um programa não-testado para controle dos processos industriais; seria uma tecnologia avançada para lidar com pós, mas outras experiências em indústrias, que lidam com pós, teriam demonstrado que pequenas alterações nas condições de produção alterariam o produto final; isso seria exacerbado no caso da usina MOX, porque teria de haver diferentes formulações, para pequenos grupos produzidos; falhas na qualidade das inspeções trariam problemas custosos e demorados demais para serem sanados; e, muito embora, após ser ceramizada, a pelota somente derretesse a mil e oitocentos graus Celsius, a oxidação da sua superfície poderia ocorrer a duzentos e cinquenta graus Celsius ou até em temperatura menor, gerando partículas tóxicas, a baixas temperaturas<sup>2391</sup>.

Acerca do processo produtivo, a Irlanda afirmou que, apesar das informações sobre os custos estarem contidas nos relatórios PA e ADL, tais informações não teriam sido disponibilizadas<sup>2392</sup>.

A terceira fase do processo produtivo do combustível MOX seria o do seu transporte, o que deveria ser feito por mar, já que nenhuma usina na Grã-Bretanha utilizaria esse

---

<sup>2388</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.9. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2389</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.9. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2390</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.9. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2391</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.9/10. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2392</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.10. Acesso em 13/01/2016.

combustível. Nesse aspecto, a Irlanda destacou os riscos do transporte por navio, em si, bem como, de algum ataque terrorista, explicando como se daria a contaminação do mar e da atmosfera, caso algum tipo de acidente acontecesse<sup>2393</sup>.

Alegou que o Reino Unido não teria compartilhado qualquer informação, relativamente ao transporte desse combustível ou às medidas de segurança, para que fosse realizado<sup>2394</sup>.

Em seguida, o memorial irlandês ingressou em uma explicação detalhada da dinâmica do mercado do combustível MOX, para demonstrar que seria um meio particularmente caro de retornar os descartes de material radioativo para os seus donos. O memorial, também quanto ao aspecto do mercado relevante, questionou a ausência de competidores nele<sup>2395</sup>.

Para tanto, esclareceu que a BNFL (British Nuclear Fuels Plc.) seria uma empresa pública, de propriedade do governo britânico. Assim, afirmou o memorial, a empresa deveria ser tratada como qualquer outra voltada para atividades comerciais, mas, contraditoriamente, o seu risco superaria o seu patrimônio<sup>2396</sup>.

Relembrou o memorial que a empresa seria uma limitada, mas em 1984, teria se tornado uma companhia pública limitada, que teria um único sócio, o governo do Reino Unido. Afirmou-se, portanto, que, para uma disputa comercial qualquer, a identidade do sócio não teria qualquer importância, mas, no caso de uma alegação de risco de quebra de confidencialidade comercial, isso faria toda a diferença, porque os interesses comerciais da BNFL seriam, na verdade, os interesses comerciais do Reino Unido. Logo, ao se omitir as informações constantes dos dois relatórios, sob o fundamento de risco de quebra de confidencialidade comercial, esse argumento deveria ser olhado com cuidado<sup>2397</sup>.

Com efeito, agregou a Irlanda a esse raciocínio o fato da criação da Autoridade de Gerenciamento de Riscos, de 2001 para 2002, uma entidade de natureza pública, a qual teria a incumbência de controlar as instalações de Sellafield, retirando-as do controle da BNFL, em especial, dada a sua situação financeira. O conselho da referida empresa teria informado que os riscos de longo prazo da mencionada empresa superariam, em muito, o seu patrimônio<sup>2398</sup>.

---

<sup>2393</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.10. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2394</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.10. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2395</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.11. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2396</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.11. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2397</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.11/12. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2398</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.12. Acesso em 13/01/2016.

Uma das funções da Autoridade de Gerenciamento de Riscos, recém-criada, seria justamente uma atuação sistemática e progressiva, para reduzir o perigo representado pelas instalações nucleares e de seus rejeitos<sup>2399</sup>.

Logo, como a usina MOX passaria a ser gerida, não por uma entidade comercial, mas pelo governo britânico, a alegação de risco de quebra de confidencialidade comercial não se justificaria<sup>2400</sup>.

No que diz respeito ao aspecto regulatório, levantado pelo memorial irlandês, disse que a construção e a operação da usina MOX sujeitaria o Reino Unido a diversas obrigações, segundo o Direito Internacional, bem como, obrigações regulatórias derivadas do direito interno, que teria incorporado elementos do direito da União Europeia. As obrigações internacionais estariam expressas, principalmente, na Convenção OSPAR, de 1992, além da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982. Quanto ao direito interno, existiria a obrigação de realizar um estudo de impacto ambiental e da análise da autoridade nacional de meio-ambiente, para autorizar a construção e a operação da usina. Por fim, existiria a análise, por parte das autoridades competentes do Reino Unido, no que diz respeito à viabilidade econômica da usina<sup>2401</sup>.

Quanto às obrigações internacionais, a tese irlandesa foi a de que o governo do Reino Unido teria deixado de satisfazer obrigações internacionais, expressas nas convenções mencionadas, porque teria autorizado a construção da usina, violando os termos da Declaração de Sintra, que seria parte integrante da Convenção OSPAR de 1992. Aquela convenção teria estipulado metas para a redução das concentrações de substâncias radioativas artificiais para próximo de zero, até 2020. Ao autorizar a construção e a operação da usina MOX, o governo do Reino Unido teria agido de modo inverso ao que determinam as metas sucessivas da Declaração de Sintra, eis que, com a operação da usina MOX, não apenas iriam aumentar os descartes nocivos, como aumentariam os da usina do tipo THORPE, que forneceria os insumos para a usina MOX, como já explicado acima, na descrição do processo produtivo<sup>2402</sup>.

No que tange ao aspecto regulatório ambiental, do direito interno, que teria absorvido elementos das normativas europeias, sustentou a Irlanda que o estudo de impacto ambiental, realizado em 1993, não seria adequado, especialmente, em face das mudanças normativas e das obrigações internacionais. Esse entendimento teria levado a Irlanda a iniciar

---

<sup>2399</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.12. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2400</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.12. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2401</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.12/13. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2402</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.13. Acesso em 13/01/2016.



procedimentos, com base na Convenção das Nações Unidas de Direito do Mar, de 1982, questionando o procedimento de licenciamento ambiental, incluindo o estudo de impacto ambiental, como sendo incompatíveis com o artigo 206 da Convenção supramencionada<sup>2403</sup>.

Por fim, quanto à necessidade de se justificar a viabilidade econômica da usina MOX, aduziu a Irlanda existir normatização europeia, contida no artigo 6º, *caput* e alínea “a”, da Diretiva 80/836/EURATOM, que estabeleceria tal obrigação. O princípio básico seria o de que toda a atividade, que resultasse na exposição à ionização radioativa, precisaria justificar-se pelas vantagens que trouxesse<sup>2404</sup>.

A Diretiva 80/836/EURATOM teria sido substituída, posteriormente, pela Diretiva 96/29/EURATOM, a qual, também em seu sexto artigo, item primeiro, teria previsto, ainda com maior precisão, o mesmo princípio, afirmando que os benefícios poderiam ser econômicos ou sociais, ou ainda, de qualquer outra natureza, os quais deveriam ser sopesados com os riscos à saúde que a mencionada atividade poderia causar<sup>2405</sup>.

Tal obrigação, contida em ambas as diretrizes europeias, decorreria de recomendação da Comissão Internacional de Proteção Radiológica (ICRP), a qual, na sua publicação de número 60, teria previsto o Princípio da Justificação da Prática<sup>2406</sup>.

Para realizar essa justificação, portanto, seria necessário identificar, antes, quais seriam os custos e os benefícios do projeto, que se pretendia implementar. Prosseguiu o raciocínio do memorial, afirmando que, dentre os custos econômicos, deveria estar o custo das medidas tomadas para proteger o meio-ambiente e qualquer prejuízo ambiental, no qual incorresse a atividade<sup>2407</sup>.

Afirmou, então, o memorial, que tal obrigação de justificar a atividade já teria reconhecida pela própria jurisprudência inglesa, quando do julgamento do processo “*R versus Secretário de Estado de Meio-Ambiente*”, no qual teriam sido intervenientes a organização não-governamental Greenpeace e o Conselho do Condado de Lancashire, publicado em 1994<sup>2408</sup>.

Ocorre, que em 03/10/2001, o governo do Reino Unido teria decidido que a construção da usina MOX seria justificada. A mencionada decisão, segundo o arrazoado irlandês seria baseada, fundamentalmente, nos relatórios PA e ADL<sup>2409</sup>.

<sup>2403</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.13/14. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2404</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.14. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2405</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.14. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2406</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.14. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2407</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.14. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2408</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.14. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2409</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.14. Acesso em 13/01/2016.

A partir da referida decisão, de autorizar a construção da usina MOX, por ser justificável, sob o ponto de vista das diretivas europeias, o governo irlandês iniciou os seus procedimentos para questionar as violações que teriam sido cometidas pelo Reino Unido, com base no artigo 9º da Convenção OSPAR, de 1992. E ela se refere, em especial, às informações, que teriam sido retiradas do domínio público, constantes dos relatórios PA e ADL, que, como já se disse, teriam sido essenciais, para que o governo do Reino Unido chegasse às conclusões favoráveis à autorização<sup>2410</sup>.

Ambos os relatórios teriam sido encomendados pelo governo do Reino Unido, para que os subsídios necessários à demonstração da justificação da construção da usina de combustível MOX pudessem ser oferecidos, em especial, com vistas às consultas públicas<sup>2411</sup>.

Assim, o memorial irlandês seguiu um caminho lógico, que passou pela identificação das circunstâncias, que levaram à encomenda dos relatórios e de seu uso nas consultas públicas; das informações que teriam sido retiradas de ambos os relatórios e, por fim, das tentativas de obtenção das informações, que teriam sido retiradas do domínio público e que deles constariam<sup>2412</sup>.

Assim, no primeiro ponto destacado pelo memorial, explicou-se que, em 1997, a BNFL teria fornecido informações sobre a usina MOX para a Agência Ambiental do Reino Unido, tendo sido realizada uma primeira consulta pública, na qual, teria sido exposta a preocupação com a falta de informações disponíveis ao público, levando-se em conta a Diretiva 80/836/EURATOM<sup>2413</sup>.

Por isso, teria sido encomendada a uma empresa privada, a PA Consulting Group, a execução de um relatório independente, sobre a justificação econômica da empreitada, para ser utilizado na consulta pública, tendo, a Irlanda, participado da primeira consulta, que teria sido realizada<sup>2414</sup>.

O relatório final da PA teria sido concluído no final de 1997, mas o seu conteúdo não teria sido revelado ao público. Ao invés disso, o governo do Reino Unido teria publicado uma versão para domínio público do dito relatório, que teria excluído certo material, com base na alegação de confidencialidade comercial<sup>2415</sup>.

---

<sup>2410</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.15. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2411</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.15. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2412</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.15. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2413</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.15. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2414</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.15. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2415</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.15. Acesso em 13/01/2016.

A segunda consulta pública teria ocorrido no início de noventa e oito, tendo o governo irlandês novamente participado e requerido a entrega da versão completa do mencionado relatório, mas, em outubro de 1998, a Agência Ambiental do Reino Unido teria declarado que a construção da usina MOX seria justificável, no que foi seguida pelo Secretário de Estado do Meio-Ambiente, Transporte e Regiões, além do Ministro de Estado de Agricultura, Pesqueiros e Alimentos. Em junho de 1999, os ministérios envolvidos teriam decidido, preliminarmente, que a evidência indicava que a usina MOX seria economicamente justificável. No entanto, teriam decidido que a quantidade de informações retirada do relatório PA teria sido excessiva, determinando a disponibilização de uma versão mais detalhada, mas ainda não completa do relatório em tela. Assim, segundo a sua determinação, somente aquelas informações que pudessem causar dano não-razoável às operações comerciais da BNFL poderiam ser omitidas na nova versão do relatório PA<sup>2416</sup>.

Essa nova versão teria servido de base para uma terceira consulta pública, que teria ocorrido entre julho e agosto de 1999, mas a nova versão seria essencialmente igual à primeira, exceto no que toca à parte removida, porque, no seu lugar, teria constado uma explicação da natureza da informação e do motivo de haver sido retirada do relatório a ser disponibilizado ao público. Por isso, novamente, o governo irlandês teria requerido uma versão completa do relatório PA<sup>2417</sup>.

Porém, em setembro de 1999, afirmou o memorial irlandês, teriam surgido alegações de falsificação nos dados, referentes ao funcionamento da instalação-modelo da usina MOX, em especial, no que dizia respeito aos dados relativos a combustível produzido para um cliente japonês (na medição das pelotas de MOX). O órgão encarregado de fiscalizar o fato teria afirmado que, apesar de determinados particulares terem sido os responsáveis pela falsificação, teria havido uma falha sistêmica, que haveria permitido que ela ocorresse. Essa falha teria resultado no adiamento da autorização governamental, para a construção da usina<sup>2418</sup>.

Somente em março de 2001, após o escândalo da falsificação dos dados sobre o combustível e preocupações relativas ao mercado internacional para o combustível, é que, segundo o memorial, teria sido iniciada a quarta consulta pública, de justificação da construção e operação da usina MOX<sup>2419</sup>.

---

<sup>2416</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.16. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2417</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.16. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2418</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.16/17. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2419</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.17. Acesso em 13/01/2016.

Essa quarta consulta pública teria sido iniciada com base no relatório PA parcial, bem como, em dois novos documentos, tendo o Reino Unido novamente se negado a fornecer uma via integral do relatório PA para o governo irlandês, efetivamente, poder participar da consulta pública, com uma melhor possibilidade de atuação. Essa quarta negativa teria feito com que a Irlanda iniciasse os procedimentos perante o OSPAR<sup>2420</sup>.

Nesse meio tempo, teria o Reino Unido decidido não mais utilizar o relatório PA, para justificar a construção da usina MOX, tendo encomendado outro, para outra empresa privada, a Arthur D. Little, o qual, por sua vez, teria sido submetido às autoridades solicitantes, em junho de 2001<sup>2421</sup>.

Dessa maneira, no final de julho de 2001, teria sido iniciada a quinta consulta pública, tendo sido preparado um relatório parcial, para domínio público, do Relatório ADL, como passou a ser denominado. Novamente, o governo irlandês alegou ter tentado obter a versão completa<sup>2422</sup>.

Ocorre que, em 03/10/2001, o governo do Reino Unido teria decidido autorizar a construção da usina MOX, sob a alegação de que haveria justificação econômica, conforme as diretivas europeias, sendo os efeitos danosos à saúde pequenos e os danos à vida selvagem, negligenciáveis. Também teria afirmado, o governo do Reino Unido, em sua decisão, que os descartes de material radioativo viriam a ser gerenciados, com as restrições existentes para o sítio industrial de Sellafield, para o fim de defender a saúde humana, a cadeia alimentar e o meio-ambiente. De igual modo, afirmou o governo em questão, em sua decisão, que a fiscalização atuaria para manter os níveis de efluentes em quantidades satisfatórias<sup>2423</sup>.

O memorial destacou, então, que informações teriam sido retiradas dos dois relatórios, fundamentais, para a realização das consultas públicas, o PA e o ADL. No que tange ao relatório PA, alegou o memorial irlandês que, para chegar à conclusão que a operação da usina MOX seria superavitária, teria deixado de levar em consideração custos de capital, tendo sido omitidos dados numéricos da capacidade de produção e custos de produção; volumes e preços de venda; compromissos contratuais; custos de desativação; data de início da produção; custos de manutenção da planta industrial ao longo do tempo; custos fixos; emprego de mão-de-obra; custos operacionais e a quantidade de combustível já existente no local. Um ponto particularmente sensível para o governo irlandês, que teria sido omitido do relatório PA, conforme o memorial, seria a quantidade de fretes e o seu custo e o das medidas

---

<sup>2420</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.17. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2421</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.17. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2422</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.17. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2423</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.17/18. Acesso em 13/01/2016.

protetivas, para prevenir acidentes e a ameaça terrorista. Tais informações seriam, todas, essenciais a uma análise econômica do projeto mais completa<sup>2424</sup>.

A ausência de tais dados, no relatório PA, portanto, teria impedido que um terceiro viesse a seguir o raciocínio do governo do Reino Unido, para dizer se a construção da usina MOX seria economicamente justificável<sup>2425</sup>.

Apenas para exemplificar, o memorial afirmou que o relatório PA, expressamente, teria omitido os custos relativos à construção da usina, levando em consideração somente os decorrentes de sua operação, mas o relatório ADL teria estimado o custo de construção em 470 milhões de libras esterlinas<sup>2426</sup>.

Os critérios utilizados para omitir informações ao público, no relatório PA, foram enumerados, fazendo-se uso da regulação 4(2), das Regulações sobre Informações Ambientais de 1992, a qual estabeleceria as exceções ao direito de informação ambiental. Seriam eles: que tais informações permitam ou ajudem o competidor a ocupar uma fatia de mercado ou a bancar a sua própria operação; permitam ou ajudem o competidor a atacar a base de clientes da BNFL ou corroer a rentabilidade do negócio; permitam ou ajudem novos competidores entrar no mercado; permitam a competidores ou clientes entender a especificidade econômica e dos processos produtivos do negócio de fabricação de combustível MOX da BNFL; ou que quebrem as exigências de confidencialidade comercial, em relação a clientes ou fornecedores<sup>2427</sup>.

No que se refere ao relatório ADL, as omissões também diriam respeito aos custos de capital e os relacionados à construção da planta industrial, tendo sido este último estimado em 470 milhões de libras esterlinas. Dessa forma, estimaria o lucro líquido, de toda a sua vida útil, em valor que oscilaria de 199 e 216 milhões de libras esterlinas. Logo, o lucro trazido pela usina MOX seria significativamente inferior ao seu custo de construção, que jamais seria recuperado, e teria havido uma significativa redução do anunciado lucro líquido, se comparado o resultado encontrado no relatório ADL, com o relatório PA<sup>2428</sup>.

A versão de domínio público do relatório ADL também não permitiria se chegasse à conclusão da justificação da construção da usina, porque seriam omitidos dados numéricos da capacidade de produção total projetada; preços e volumes totais; toda a informação sobre a identidade dos clientes; os *status* dos contratos com eles; volumes contratados; custos

---

<sup>2424</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.18.Acesso em 13/01/2016.

<sup>2425</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.18.Acesso em 13/01/2016.

<sup>2426</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.19.Acesso em 13/01/2016.

<sup>2427</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.19.Acesso em 13/01/2016.

<sup>2428</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.19.Acesso em 13/01/2016.

operacionais; quantidade de fretes e custos relacionados e a vida útil projetada da usina; dentre outros<sup>2429</sup>.

A diferença primordial para o relatório PA seria, segundo o memorial, que o relatório ADL não discutiria confidencialidade comercial, nem apresentaria critérios para omissão de informação, a não ser um pequeno parágrafo que afirmaria que teriam sido excluídas da versão para o domínio público aquelas informações que poderiam vir a causar dano não-razoável às operações comerciais da BNFL ou para a situação econômica da planta de Sellafield. Ao realizar essa exclusão, o relatório ADL não faria qualquer menção às regulações sobre o assunto do direito interno ou europeu<sup>2430</sup>.

Em seguida, o memorial irlandês descreveu as tentativas feitas para obter tais informações. Afirmou o memorial que, desde 1997, o governo irlandês teria tentado obter a versão completa do relatório PA, bem como, desde 2001, a versão completa do relatório ADL. Após várias recusas, em fornecer o relatório PA completo, em carta de 25/05/2000, o governo irlandês teria alegado ao governo do Reino Unido, que a recusa em fornecer as informações seria ilícita, inconsistente com as obrigações assumidas por aquele país, tendo em vista a Diretiva 90/313/CE e o artigo 9 da Convenção OSPAR de 1992, tendo sido reiterado o requerimento de fornecimento das informações faltantes do relatório divulgado para o público<sup>2431</sup>.

Porém, não teria havido qualquer resposta escrita ao requerimento, o que teria levado à tentativa de resolução através de discussão bilateral, no encontro da Comissão da OSPAR, em junho de 2000, não se tendo chegado a bom termo<sup>2432</sup>.

Em 27/10/2000, o governo do Reino Unido, finalmente, teria respondido à carta de 25/05/2000, negando o fornecimento das informações, para não prejudicar os interesses comerciais da BNFL, revelando informação confidencial, sob o ponto de vista comercial<sup>2433</sup>.

O requerimento de informações teria sido reiterado por carta, dessa vez, no nível ministerial, datada de 09/02/2001. A referida carta teria sido respondida em 17/05/2001, mas sem qualquer informação, apenas com desculpas pela demora, só tendo enviada nova missiva, para informar a decisão sobre o requerimento, em 05/09/2001, contendo apenas uma referência geral à confidencialidade, segundo esclareceu o memorial<sup>2434</sup>. Porém, nesse

---

<sup>2429</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.19/20. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2430</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.20. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2431</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.20/21. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2432</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.22. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2433</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.22. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2434</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.22. Acesso em 13/01/2016.

interim, o governo irlandês já havia advertido o governo do Reino Unido sobre a intenção daquele de iniciar os procedimentos do artigo 32 da Convenção OSPAR<sup>2435</sup>.

Com relação ao relatório PA teria havido outro requerimento de obtenção das informações omitidas, em maio de 2001, e no que se refere ao relatório ADL, um requerimento datado de 07/08/2001. Na mesma correspondência, o governo irlandês teria solicitado ao governo do Reino Unido que não iniciasse a construção da usina MOX, até que fossem ultimados os procedimentos arbitrais perante o OSPAR. Este requerimento também teria sido recusado pelo Reino Unido<sup>2436</sup>.

A negativa mais significativa ao requerimento de fornecimento de informações teria sido dada pela carta de 05/09/2001, tendo sido dito pelo governo do Reino Unido que as informações retiradas do relatório ADL não constituiriam “informações”, no sentido dado pelo artigo 9(2), da Convenção OSPAR, de 1992; que as ditas informações teriam sido removidas do texto do relatório ADL, disponibilizado para o público, porque poderiam trazer dano irrazoável às operações comerciais da BNFL e à situação econômica da planta de Sellafield, em si mesma<sup>2437</sup>.

Resumindo a disputa, do ponto de vista dos fatos, o memorial irlandês destacou que as informações pretendidas diriam respeito à produção anual estimada da unidade MOX; tempo necessário para se chegar até essa capacidade; volume de vendas; probabilidade de se atingir o mais alto volume de vendas; probabilidade de se obter contratos de reciclagem de combustível em quantidades significativas; demanda estimada de vendas; percentagem do plutônio, que já estaria no local; valores máximos de rendimento; vida útil da planta; número de empregados; preço do combustível MOX; se e em qual extensão haveria contratos firmes de compra do dito combustível; arranjos para o transporte de plutônio de e para Sellafield e os números relativos a esses fretes<sup>2438</sup>.

Alegou o memorial irlandês que o governo do Reino Unido não teria mencionado quebra de confidencialidade comercial, no que diz respeito a dez desses itens<sup>2439</sup>.

Por isso, a disputa se cristalizaria sobre dois pontos específicos: com relação a todos os itens, cuja informação foi solicitada pela Irlanda, haveria o enquadramento na obrigação estabelecida no artigo 9(2), da Convenção OSPAR? Mais ainda, com relação aos itens, nos

---

<sup>2435</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.22. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2436</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.23. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2437</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.23. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2438</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.24. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2439</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.24. Acesso em 13/01/2016.

quais, o Reino Unido alegou quebra da confidencialidade comercial, eles se enquadrariam na exceção prevista no artigo 9(3)(d), da mesma convenção?<sup>2440</sup>

Feita essa observação, o memorial irlandês ingressou na análise do direito envolvido, afirmando que toda a discussão sobre a interpretação do artigo 9(3)(d), da Convenção OSPAR, de 1992, que seria o cerne da questão jurídica, deveria levar em conta os fatos anteriormente mencionados<sup>2441</sup>.

Para tanto, o memorial irlandês dividiu a parte relativa ao direito aplicável em três seções: a Convenção OSPAR de 1992, que forneceria o contexto para o artigo em questão; a questão da jurisdição do tribunal arbitral, previsto na convenção em comento e; por fim, o mérito propriamente dito, que se referiu à correta interpretação do artigo 9(3)(d), da dita convenção, de modo que o Reino Unido não poderia negar-se a fornecer a versão completa dos relatórios PA e ADL, seja, por não poder, alegadamente, invocar a alegada confidencialidade comercial, seja pelo fato de, afirmadamente, existir um interesse público superior ao mero interesse comercial<sup>2442</sup>.

Dissertando sobre a Convenção OSPAR, de 1992, o memorial irlandês afirmou que ela teria sido, inicialmente, assinada por 14 países e pela União Europeia, tendo a mencionada convenção substituído outras duas anteriores: a Convenção de Oslo, de 1972, que trataria da prevenção da poluição marítima, em razão de rejeitos de navios; e a Convenção de Paris, de 1974, que cuidaria da prevenção da poluição a partir de fontes localizadas em terra<sup>2443</sup>.

Afirmou o dito memorial, que a Convenção OSPAR, de 1992, seria aplicável a toda área territorial do Mar da Irlanda, a área objeto da controvérsia. Também se disse que o preâmbulo da referida convenção forneceria a sua razão de ser, dizendo respeito ao reconhecimento da vital importância do ambiente marinho e da fauna e da flora que ele sustenta. De igual modo, reconheceria o valor inerente ao ambiente marinho do Nordeste do Atlântico e da necessidade de protegê-lo, de forma coordenada, através de uma ação concertada, no nível nacional e regional, para prevenir e eliminar a poluição marítima<sup>2444</sup>.

Além disso, o preâmbulo da convenção faria menção à Convenção de 1992 das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento, que teria produzido a Declaração do Rio e a Agenda 21, além de referir-se expressamente ao costume internacional, refletidas na Parte XII, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em particular, ao artigo

---

<sup>2440</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.24. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2441</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.25. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2442</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.25. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2443</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.25. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2444</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.25. Acesso em 13/01/2016.



197, que trataria da cooperação global e regional, para a proteção e preservação do ambiente marinho. Por fim, o preâmbulo ainda faria menção ao interesse comum dos Estados, relativo a uma mesma área marinha, que deveria induzí-los a colaborar no nível regional e sub-regional<sup>2445</sup>.

A Convenção OSPAR teria estabelecido uma Comissão e um Secretariado Permanente, com sede em Londres, de modo que, a tarefa da Comissão seria a de implementar a convenção, adotando decisões e recomendações, consoante o seu artigo dez. Porém, a Comissão não teria o poder de fazer executar as suas decisões<sup>2446</sup>.

A Convenção OSPAR, como lembrou o memorial irlandês, estabeleceria obrigações materiais para as partes, as quais seriam pertinentes ao procedimento sobre o qual trata. A requisição de informações, com base no artigo nono, teria sido feita, segundo a Irlanda, exatamente para permitir que se soubesse se o Reino Unido estaria cumprindo tais obrigações materiais<sup>2447</sup>.

O artigo segundo da dita convenção trataria dessas obrigações, sob o título de “obrigações gerais”. Assim, por exemplo, o artigo 2(1) preveria que as partes contratantes deveriam seguir todos os passos possíveis, no sentido de prevenir e eliminar a poluição, tomando as medidas necessárias para proteger as áreas marítimas dos efeitos adversos das atividades humanas, protegendo a saúde humana, conservando os ecossistemas marinhos e, quando factível, restaurando áreas marinhas, que tenham já sido afetadas<sup>2448</sup>.

Para tanto, prosseguiria o mencionado artigo, já em sua alínea “b”, dizendo que, para atingir tal fim, deveriam as partes contratantes, individual e conjuntamente, adotar programas e medidas, além de harmonizar as suas políticas e as suas estratégias<sup>2449</sup>.

Por seu turno, o artigo 2(2) mencionaria os Princípios da Precaução e do Poluidor-Pagador, enquanto o artigo 2(3) se referiria às melhores técnicas e à melhor prática ambiental, inclusive, quando for apropriado, tecnologias limpas. Nesse ponto, afirmou o memorial, as versões integrais dos relatórios PA e ADL seriam essenciais à verificação das determinações previstas no artigo 2(3), devendo ser levado em conta, inclusive, o custo<sup>2450</sup>.

Foi à frente o memorial, fazendo menção à convenção, afirmando que, nos seus artigos 3(3) do Anexo 2 e 4, se proibiria qualquer despejo no mar de substâncias e rejeitos

---

<sup>2445</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.25/26. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2446</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.26. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2447</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.26. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2448</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.26. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2449</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.26. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2450</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.26. Acesso em 13/01/2016.

radioativos. O artigo terceiro da convenção, por sua vez, determinaria que todas as medidas fossem tomadas, no sentido de eliminação e prevenção da poluição, a partir de bases terrestres.<sup>2451</sup>

Dizendo especificamente ao Reino Unido e à usina MOX, existiriam, por conseguinte, as seguintes obrigações substantivas, previstas na Convenção OSPAR, de 1992: uso das melhores técnicas disponíveis e das melhores práticas ambientais; tomar medidas preventivas, para reduzir o risco da poluição causada por acidentes; adotar medidas em relação a substâncias radioativas, inclusive os rejeitos, para dar conta das recomendações de outras organizações e agências internacionais e os procedimentos de monitoramento recomendados por essas organizações e agências; proporcionar que as descargas na área marítima e as emissões aquáticas ou aéreas, que possam afetar a área marítima, sejam objeto de autorização ou regulação estrita pelas autoridades competentes; e prover um sistema de monitoramento e inspeção regular, pelas autoridades competentes, para verificar o cumprimento das autorizações e regulações sobre o tema<sup>2452</sup>.

Lembrou o memorial que, além das obrigações substantivas já constantes na Convenção OSPAR, de 1992, também existiria a Declaração de Sintra, de 1998, que teria sido adotada pelos ministros dos Estados-parte da OSPAR, a qual disciplinaria que, para prevenir a poluição da área marítima, de radiação ionizante, deveria ocorrer a progressiva redução das descargas, emissões e perdas de substâncias radioativas, para que as concentrações de substâncias radioativas artificiais tendessem a zero. As reduções das descargas, emissões e perdas deveriam se dar, ano a ano, até o atingimento da meta, em 2020.<sup>2453</sup>

Teria ocorrido, igualmente, a declaração dos ministros dos Estados-parte, no sentido de manifestar preocupação com o recente aumento das descargas em Sellafield, bem como, também teriam expressado o seu ponto de vista, de que elas devem parar<sup>2454</sup>.

Em seguida à Declaração de Sintra, a Comissão da OSPAR teria adotado a “Estratégia com a Relação a Substâncias Radioativas”, para dar efeito às manifestações dos ministros dos Estados-parte<sup>2455</sup>.

O compromisso dos Estados-parte da OSPAR, de eliminar o reprocessamento nuclear, apto a despejar rejeitos no ambiente marinho teria se refletido, mais tarde, em duas decisões da Comissão OSPAR, a Decisão 2000/1 e a Decisão 2001/1, que exortariam os Estados-parte

---

<sup>2451</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.26. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2452</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.27. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2453</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.27. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2454</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.27/28. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2455</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.28. Acesso em 13/01/2016.

a reverem as suas autorizações para as descargas de substâncias radioativas de instalações de reprocessamento nuclear, tendo em vista a implementação da opção de não reprocessar, para o gerenciamento dos restos de combustível nuclear (estocagem a seco) e a tomada de medidas preventivas, para minimizar o risco de poluição. Assinalou o memorial, que ambas as decisões teriam sido tomadas por maioria qualificada, tendo o Reino Unido deixado de votar, em ambos os casos<sup>2456</sup>.

Quanto à questão da jurisdição do tribunal arbitral, sobre a disputa tratada pelo memorial em comento, o quadro normativo sobre discussões acerca da interpretação ou aplicação da Convenção OSPAR, de 1992, seria dado pelo artigo 32, o qual, estabeleceria ser desnecessário fossem exauridos procedimentos anteriores, para que a solução arbitral pudesse ser iniciada<sup>2457</sup>.

Mas, assim mesmo, asseverou o memorial, o governo irlandês teria tentado obter as referidas informações diretamente e através de tratativas bilaterais, sem sucesso. Também teria sido cumprida a determinação do artigo 32(3)(b), no sentido da informação à Comissão da existência do requerimento de instalação do tribunal arbitral. A conclusão irlandesa foi a de que, como todas as determinações do artigo 32 teriam sido cumpridas, o tribunal arbitral teria a jurisdição para decidir a disputa<sup>2458</sup>.

No que toca ao mérito propriamente dito, o artigo 9(1) da Convenção preveria que as autoridades competentes dos Estados-parte deveriam disponibilizar as informações referidas no parágrafo (2) do mesmo artigo, a qualquer pessoa, natural ou jurídica, que fizesse um requerimento razoável, sem que fosse necessário provar interesse, sem custas irrazoáveis, tão logo, quanto fosse possível, no prazo máximo de dois meses<sup>2459</sup>.

A informação ambiental a que se refere o artigo 9(1) seria descrita no artigo 9(2), como sendo “qualquer informação disponível por escrito, visual, auditiva ou em data-base, do estado da área marítima, sobre atividades ou medidas que afetem ou possam afetá-la ou atividades ou medidas, que forem introduzidas, de acordo com a convenção.”<sup>2460</sup>

Além da afirmativa genérica, que teria sido feita na carta de 13 de setembro de 2001, o Reino Unido não teria fornecido qualquer razão, para que se considerasse que as informações contidas nos relatórios PA e ADL não poderiam ser enquadradas como pertencendo aquele

---

<sup>2456</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.28. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2457</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.28. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2458</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.28/29. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2459</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.29. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2460</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.29. Acesso em 13/01/2016.

tipo de informação, que deveria ser desvelada, nos termos do artigo nono, conforme alegou o memorial irlandês<sup>2461</sup>.

Como se não bastasse - prosseguiu o memorial -, o Reino Unido, durante todo o período em que o governo irlandês teria tentado obter diretamente tais informações, que diriam respeito à íntegra dos relatórios PA e ADL, jamais teria alegado que elas não seriam enquadráveis como informações ambientais, para os fins do artigo 9(2). Os próprios relatórios em questão não negariam tal natureza às informações<sup>2462</sup>.

O que afirma a Irlanda é que tais informações seriam, obviamente informações “sobre atividades que afetam ou que possam afetar a área marítima”, nos termos do artigo 9(2) da Convenção OSPAR. A usina MOX afetaria ou poderia vir a afetar a área do Mar da Irlanda, de três formas: pelas descargas intencionais rotineiras; pelo incremento das descargas da usina THORP, devido à intensificação de sua atividade, para fornecer materiais para a usina MOX; e pelas descargas decorrentes de acidentes ou possíveis ataques terroristas, sejam originárias da própria usina MOX, seja do transporte dos rejeitos radioativos para a usina MOX ou originários dela, para os clientes. Segundo informações dadas pelo próprio Reino Unido, os efluentes da usina MOX seriam lançados no Mar da Irlanda, como asseverou o memorial<sup>2463</sup>.

Logo, concluiu o memorial, essas descargas admitidas afetariam a área marítima, possuindo os rejeitos uma vida útil de muitos milhares de anos, causando danos à vida marinha e à saúde humana e à atividade econômica. Mais ainda, ao subscrever a Declaração de Sintra, o Reino Unido teria reconhecido o dano de longo prazo, feito ao ambiente marinho, pelas descargas radioativas, tendo assumido o compromisso de reduzir as descargas para próximo de zero, até 2020. Assim, seria surpreendente que o Reino Unido viesse, agora, a alegar, que tais descargas não afetariam o ambiente marinho ou não teriam o potencial de afetá-lo<sup>2464</sup>.

Aduziu o memorial que o Reino Unido poderia alegar que as informações omitidas dos relatórios PA e ADL não se relacionariam diretamente com atividades, que poderiam afetar negativamente a vida marinha. Porém, o que sustentou a Irlanda é que essa seria a abordagem equivocada. Entendeu a Irlanda que o correto seria olhar a informação como um todo. Assim, o propósito dos relatórios PA e ADL seria o de examinar a justificação da

---

<sup>2461</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.29. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2462</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.29. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2463</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.29/30. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2464</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.30. Acesso em 13/01/2016.

construção e da operação da usina MOX e a referida planta industrial, indubitavelmente, teria um impacto adverso, em área marítima coberta pela Convenção OSPAR, de 1992.<sup>2465</sup>

A informação omitida se relacionaria, proximamente, com vários aspectos daquela atividade e contribuiria para a determinação da eventual autorização para que a atividade pudesse ser desenvolvida. A interpretação seria excessivamente restritiva, se o artigo 9(2) se relacionasse apenas a questões ambientais das atividades, não sendo isso o que constaria do artigo 9º, bem como, sendo claro e espírito de abertura e acesso à informação, incorporado na Convenção OSPAR, o que requereria uma forma de interpretação mais ampla: a informação deveria ser revelada, com as exceções do artigo 9(3), caso aplicáveis, se relacionada com alguma atividade que tivesse um efeito adverso – ou pudesse vir a ter – na área marítima. Exatamente, por isso, segundo o entendimento irlandês, a Convenção OSPAR faria explícita referência ao Princípio da Precaução<sup>2466</sup>.

O entendimento irlandês foi o de que toda a informação omitida estaria abrangida no artigo 9(2), da Convenção. A totalidade dos dois relatórios estaria, segundo o entendimento do memorial, dirigida às perspectivas da usina MOX. Todas as informações omitidas se refeririam ao seu funcionamento e a razão que teria feito com que o Reino Unido omitisse algumas informações é, precisamente, porque temeria que a sua revelação prejudicasse o funcionamento econômico da planta em questão. Não se poderia alegar, simultaneamente, que tais informações omitidas seriam tão inerentes ao processo industrial da usina MOX, que a sua revelação poderia causar danos econômicos, e que tal informação teria tão pouco a ver com esses processos industriais, que não recairiam no artigo 9(2), da Convenção, segundo o ponto de vista exposto no memorial<sup>2467</sup>.

Sustentou a Irlanda que a sua interpretação do artigo 9(2) da Convenção estaria de acordo com o direito e a prática internacional e interna. A Convenção de Aarhus, de 1998, que trataria de acesso à informação, participação pública no processo decisório e acesso à justiça em matéria ambiental, confirmaria que os requerimentos de abertura e transparência seriam aplicáveis a um amplo espectro de informações. Tanto o Reino Unido, quanto a Irlanda, teriam assinado a convenção, que teria entrado em vigor em 2001, estando, à época em que o memorial foi feito, em processo de ratificação<sup>2468</sup>.

A definição de “informação ambiental” dessa Convenção de Aarhus seria expressa, ao afirmar que incluiria o custo-benefício e outras análises econômicas e presunções, utilizadas

---

<sup>2465</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.30. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2466</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.30. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2467</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.30. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2468</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.30/31. Acesso em 13/01/2016.

em tomadas de decisões de natureza ambiental, tornando explícito o que já estaria implícito, segundo o ponto de vista irlandês, na Convenção OSPAR, de 1992.<sup>2469</sup>

Defendeu a Irlanda que o Reino Unido não poderia, de forma plausível, alegar que os relatórios PA e ADL, produzidos e baseados em tomada de decisão ambiental, não constituiriam “informação ambiental”. Confinar o sentido dessa informação à informação diretamente relacionada ao impacto do projeto seria algo muito estreito. Afirmou a Irlanda que a sua interpretação da Convenção OSPAR seria consistente com uma clara tendência do direito e da prática internacionais, na direção de uma ampla abertura da informação ambiental, em todas as suas formas.

Com efeito, o artigo 31(3)(c), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, como lembra o memorial, conduziria o intérprete a levar em conta qualquer regra relevante de Direito Internacional aplicável à relação entre as partes. Uma interpretação restritiva do artigo 9(2), da Convenção, seria inconsistente com os compromissos do Reino Unido e da Irlanda a esses princípios.

Relembrou o memorial que a Corte Europeia de Justiça, teria precedente onde já se teria dado uma interpretação mais ampla à expressão “*informação ambiental*”, contida na Diretiva 90/313/CE, no Caso C-321/96 “Mecklenburg *versus* Kreis Pinneberg der Landrat”, de 1999, no qual, a Corte teria entendido que o conceito de “informação relacionada ao meio-ambiente”, contida no artigo segundo da mencionada diretiva, seria intencionalmente amplo, tanto que, para se constituir nesse tipo de informação, bastaria tratar-se de algum ato capaz de afetar negativamente o ambiente ou proteger qualquer situação de algum dos setores ambientais tratados pela diretiva.

Afirmou a Irlanda que a sua visão seria muito similar à da Corte Europeia de Justiça, no presente caso, porque seria claro que os relatórios PA e ADL fariam parte importante de um procedimento de consulta popular e que os pontos de vista defendidos no relatório ADL teriam sido essenciais para a autorização concedida, em 03/10/2001, no sentido do funcionamento da usina MOX e das subsequentes descargas radioativas no Mar da Irlanda.

A posição irlandesa é a de que, dada a definição ampla concedida ao termo “informação ambiental”, no direito e na prática internacional e doméstica, bem como, dada a clareza da dicção do artigo 9(2) da Convenção OSPAR, de 1992, seria insustentável para o Reino Unido afirmar que as informações omitidas dos ditos relatórios não constituiriam informação ambiental, nos termos do artigo 9(2) da dita Convenção.

---

<sup>2469</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.30/31. Acesso em 13/01/2016.

Em seguida, o memorial tentou demonstrar que as tais informações não incidiriam na exceção do artigo 9(3) da Convenção, no que se refere à confidencialidade comercial. Com efeito, o artigo 9(3)(d) é o que trata da exceção à regra, baseada na confidencialidade comercial.

Esse artigo afirmaria que as informações em questão não poderiam afetar, caso disponibilizadas, a confidencialidade comercial e industrial, inclusive a propriedade industrial. Porém, logo abaixo, no item (4), determinaria a convenção, que as razões da recusa nessa disponibilização fossem fornecidas<sup>2470</sup>.

Assim, na Convenção OSPAR, o direito de recusa à disponibilização das informações seria algo excepcional, conforme sustentou a tese irlandesa. Para tanto, seria necessário que fossem preenchidas quatro condições: o Reino Unido teria o ônus de justificar o motivo de invocar a exceção; o Reino Unido deveria explicitar as razões pelas quais as informações não podem ser disponibilizadas; o Reino Unido deveria provar ao tribunal que a recusa se basearia no sistema jurídico nacional e na regulação internacional aplicável; e, por fim, o Reino Unido precisaria provar que a revelação de tais informações poderia vir a afetar a confidencialidade comercial e industrial<sup>2471</sup>.

No que toca à primeira das condições, afirmou a Irlanda que o sistema da Convenção OSPAR seria francamente dirigido para uma presunção a favor da abertura das informações, até porque, as exceções seriam estreitamente definidas, tanto é que, para se recusar a fornecê-las, seria preciso explicitar as razões. Nesse contexto, de liberdade de informação, em relação a riscos potencialmente sérios ao ambiente marinho, além da presunção em favor da abertura, as razões que deveriam ser apresentadas precisariam ser muito claras, para demonstrar que a autoridade possuiria bons fundamentos para decidir que tais informações deveriam ser enquadradas na categoria reservada, tendo levado em consideração todos os fatores relevantes<sup>2472</sup>.

Um procedimento objetivo de cumprimento de normas de regulação precisaria ocorrer e de forma transparente, consistente com os princípios de tomada de decisão, em uma sociedade democrática. Disse o memorial que pessoas naturais ou jurídicas interessadas possuiriam o direito de saber o porquê de não lhes ser permitido o acesso à informação sobre potenciais sérios riscos ao meio-ambiente, bem como, de saber que tipo de informação lhes teria sido escondido. Qualquer interferência nesse direito precisaria ser mantida em um

---

<sup>2470</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.32. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2471</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.32. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2472</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.32. Acesso em 13/01/2016.

mínimo, especialmente, quando o requerimento fosse oriundo de um Estado vizinho amigo, com um legítimo interesse na matéria, como afirmou a Irlanda<sup>2473</sup>.

Logo, concluiu, em se tratando de informação, no sentido que lhe daria o artigo 9(2), da Convenção OSPAR, a presunção se daria em favor da abertura total das informações<sup>2474</sup>.

Para que a negativa fosse lícita, o ônus do Reino Unido seria o de provar que a abertura das informações poderia afetar a confidencialidade comercial, fundamentadamente. Segundo se defendeu no memorial, o ônus não seria da Irlanda. Seria preciso que o Reino Unido cuidasse, dentre outras coisas, de precisar cada tipo de informação, o interesse comercial específico que poderia ser afetado, como essa ameaça decorreria de trechos específicos de informação e as razões pelas quais uma abertura parcial dessas informações seria impossível<sup>2475</sup>.

O Reino Unido teria o dever de explicar, segundo esse entendimento, toda e cada omissão, bem como, porque o passo drástico da omissão da informação teria tido de ser dado. A fim de permitir o escrutínio público no procedimento de justificação e de forma a permitir ao leitor a compreensão do relatório e as suas implicações para o meio-ambiente do Mar da Irlanda, a informação omitida teria de ser resumida e informada a sua natureza, da forma mais completa possível<sup>2476</sup>.

O memorial irlandês disse que o Reino Unido teria falhado no cumprimento desse ônus de provar, porque os relatórios PA e ADL não identificariam, claramente – em alguns casos, simplesmente, não identificariam –, a natureza da informação omitida. Quando algum critério teria sido apresentado, ele teria se mostrado rudimentar. Assim, o Reino Unido teria violado a obrigação contida em norma internacional, quando não teria apresentado razões claras e suficientes para a retenção das informações. A justificação teria sido apresentada de forma superficial, eis que, a mera alegação de confidencialidade não seria suficiente<sup>2477</sup>.

O ponto de vista irlandês seria o de que o Reino Unido não só não teria cuidado do ônus de provar, como sequer teria tentado fazê-lo, de modo que, sob o aspecto prático, até que o Reino Unido fornecesse razões completas e particulares para a retenção das informações, sequer seria possível para a Irlanda apresentar o seu caso, de forma completa. A Irlanda afirmou desejar que todo o assunto relacionado à confidencialidade fosse plenamente ventilado na arbitragem em questão, o que só seria possível, caso o Reino Unido fornecesse

---

<sup>2473</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.32. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2474</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.33. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2475</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.33. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2476</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.33. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2477</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.33. Acesso em 13/01/2016.



razões detalhadas para a negativa de abertura, somente assim, seria possível saber se e o quanto a informação omitida afetaria a confidencialidade comercial, no sentido do artigo nono<sup>2478</sup>.

Afirmou-se que, especialmente, no Relatório ADL, as informações não seriam apenas omitidas, como não se informaria a sua natureza, fonte ou relevância. As conclusões seriam estabelecidas, sem que fosse possível questionar as razões que levariam a elas. Por isso, inclusive, a Irlanda reservou-se ao direito de suplementar o seu arrazoadado, se fosse necessário, na réplica, muito embora alegasse preferir uma rápida solução da disputa<sup>2479</sup>.

Sob o aspecto das razões para a recusa, o Relatório PA teria apresentado alguns critérios, mas o Relatório ADL teria se limitado a justificá-las, em um mero parágrafo, no qual, teria afirmado que a informação não poderia ser fornecida, quando se referisse a assuntos de segurança e salvaguarda, especialmente, quanto à localização, quantidades e transporte de plutônio<sup>2480</sup>.

As razões mais detalhadas para a recusa teriam sido dadas, em carta datada de 13/09/2001, na qual se teria afirmado que as informações omitidas não seriam informações, no sentido do artigo 9(2), da Convenção OSPAR, além do fato das mesmas incidirem no caso do artigo 9(3), portanto, uma exceção à sua disponibilização<sup>2481</sup>.

No que diz respeito às informações que incidiriam no óbice do artigo 9(3), seriam de cinco tipos, segundo a missiva do Reino Unido: volumes de vendas firmes e previstas; capacidade de produção anual; volumes de venda e preços de venda; capacidade da planta e início da produção e estatística anual de frete. Justificou-se que o conhecimento de tais informações permitiria a competidores obter vantagens, em relação à BNFL, na disputa pelo mercado<sup>2482</sup>.

O posicionamento irlandês foi o de que tais razões seriam inadequadas e que não seriam “razões” no sentido exato dado pelo artigo 9(4). Os critérios seriam oscilantes, mal definidos e deixariam questões centrais não solucionadas. Não se saberia, por exemplo, se a confidencialidade comercial seria o motivo para todas as informações omitidas ou apenas parte delas; se a ameaça comercial viria de clientes, de competidores ou de ambos; quais empresas seriam essas competidoras; qual seria o mercado relevante, na visão do Reino

---

<sup>2478</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.33. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2479</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.33/34. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2480</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.34. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2481</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.34. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2482</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.34. Acesso em 13/01/2016.

Unido; e, por fim, como cada informação desta, caso disponibilizada, poderia causar sérios danos à BNFL, se vinda a público<sup>2483</sup>.

Além disso, nenhuma outra razão foi dada para a outra parte da informação omitida, que não seria caso de risco à confidencialidade comercial, pedindo a Irlanda, que o tribunal arbitral decidisse pela sua abertura<sup>2484</sup>.

No que tange à terceira das condições – o Reino Unido deveria comprovar que a recusa estaria de acordo com o sistema jurídico nacional e com a regulação internacional -, a Convenção OSPAR levaria o tribunal arbitral a considerar, tanto o direito e a prática interna, quanto o direito e a prática internacional. O que afirmou a Irlanda é que, tanto o ordenamento jurídico do Reino Unido, quanto o internacional, imporiam critérios para a retenção de informações<sup>2485</sup>.

Afirmou-se que existiriam critérios procedimentais e critérios substantivos. No campo procedimental, a autoridade que retivesse a informação precisaria demonstrar que sopesou, de forma justa, os interesses opostos: o do público, de saber, vis-à-vis o direito do ente comercial. A referida autoridade precisaria demonstrar ter considerado alternativas menos restritivas que o fechamento total das informações e, o mais importante, na visão exposta no memorial, apresentar razões detalhadas para essa negativa<sup>2486</sup>.

No campo substantivo, como assim denominado, a informação em questão precisaria ser, genuinamente, comercialmente confidencial, sendo que, essa confidencialidade precisaria ser, significativa e negativamente, afetada pela abertura das informações<sup>2487</sup>.

Sustentou a Irlanda que a negativa singela do Reino Unido, em liberar tais informações, feriria os seus próprios direito e prática internos, não sendo, igualmente, consistentes com os padrões do Direito Internacional, em particular aqueles da Convenção de Aarhus, de 1998, assinada também pelo Reino Unido. De qualquer forma o ônus de provar tal adequação ainda seria daquele governo<sup>2488</sup>.

No que pertine à quarta condição, que seria provar que a liberação das informações afetaria a confidencialidade comercial, o memorial destacou o significado dos termos “afetar” e “confidencialidade comercial”, para provar que o Reino Unido não poderia invocar a exceção, para negar a sua disponibilização<sup>2489</sup>.

---

<sup>2483</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.35/36. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2484</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.36. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2485</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.36. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2486</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.36. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2487</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.36. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2488</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.36. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2489</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.36/37. Acesso em 13/01/2016.

Nesse sentido, rememorou a Irlanda que os dois motivos alegados pelo Reino Unido, para invocar a exceção do artigo 9(3) teriam sido: a liberação das informações traria desvantagens competitivas para a BNFL e violaria disposições contratuais contra a abertura dos dados<sup>2490</sup>.

Porém, a Irlanda rebateu tais argumentos, dizendo que não haveria competição no mercado produtor de combustível MOX; que, mesmo que existisse, a revelação de tais informações, não traria prejuízo à competição; que o Reino Unido não teria trazido qualquer comprovação da alegada cláusula contratual, que exigiria a confidencialidade; e, mesmo que tal cláusula existisse, ela teria sido fornecida ao governo do Reino Unido, que, em sendo uma autoridade pública, não seria obrigada a cumprir tais exigências de índole contratual<sup>2491</sup>.

Quanto ao sentido do termo “afetar”, utilizado na Convenção OSPAR, o entendimento irlandês foi o de que ele exigiria um grande motivo, para que a informação não fosse fornecida, o que seria diverso do que constaria da versão original das Regulações do Reino Unido sobre Informações Ambientais, de 1992, que autorizaria a negativa da disponibilização, que se relacionasse a assuntos pertinentes à confidencialidade comercial ou industrial. Ponderou a Irlanda que Convenção OSPAR utilizou-se da expressão “se afetar”, ao invés de “se relacionar-se a”. Como consequência, não bastaria provar que a informação se relacionaria a assuntos, que pudessem ser considerados confidenciais<sup>2492</sup>.

Seria preciso, pelo contrário, comprovar que interesses comerciais seriam realmente afetados, possuindo o termo uma conotação, necessariamente, negativa. Logo, também se faria mister apontar uma ameaça específica a um interesse comercial, claramente definido e legítimo. Isso pressuporia, segundo o entendimento irlandês, que a entidade, arguindo a confidencialidade, fosse genuinamente comercial<sup>2493</sup>.

Quanto ao sentido do termo “afetar negativamente”, isso significaria, segundo o ponto de vista exposto no memorial, que os efeitos da abertura das informações deveriam ser significativamente prejudiciais, porque, dada a importância do direito que se limitaria, através das exceções do artigo 9(3), da Convenção OSPAR, tais exceções deveriam ser lidas de forma minimizada, o que importaria dizer que um dano significativo deveria ser demonstrado pelo Reino Unido<sup>2494</sup>.

---

<sup>2490</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.37. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2491</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.37. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2492</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.37. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2493</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.37. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2494</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.37/38. Acesso em 13/01/2016.

No que diria respeito ao termo “confidencialidade comercial”, o raciocínio do memorial irlandês foi o de que, mesmo que o tribunal arbitral tivesse de interpretar o artigo 9º, segundo os termos da Convenção OSPAR, ainda assim, o artigo 9(3) o obrigaria a levar em consideração, também, o direito interno do Estado que alegasse a exceção ao artigo nono. Isso requereria um exame do direito interno e das obrigações assumidas internacionalmente pelo Reino Unido. De igual modo, da prática internacional, porque a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados afirmaria que ela seria um elemento auxiliar nessa exegese<sup>2495</sup>.

No direito interno do Reino Unido, as normas que regulariam o acesso à informação ambiental seriam as Regulações de Informação Ambiental (EIR), de 1992, as quais, por sua vez, dariam efeitos práticos à Diretiva 90/313, da Comunidade Econômica Europeia. Dentre tais regulações, a de número 3 criaria a obrigação de tornar a informação ambiental disponível, estipulando que qualquer pessoa, que detivesse a informação ambiental, precisaria torná-la disponível a qualquer pessoa que o requeresse. Estipularia, ainda, que tais pessoas teriam o dever de tomar providências, para dar efeito ao princípio anteriormente exposto, no sentido de responder o mais rápido, quanto possível, aos requerimentos, no máximo, em dois meses; mais ainda, que eventual recusa seria feita por escrito e contivesse as razões que levariam à decisão pela negativa<sup>2496</sup>.

A Regulação 4, por outro lado, estabeleceria quais seriam as circunstâncias, que permitiriam à pessoa detentora das informações negar-se a fornecê-las. Assim, nada nas regulações poderia determinar a abertura de qualquer informação, que fosse apta a ser tratada como confidencial ou precisasse ser tratada assim. Esclareceria, ainda, a referida regulação, que, para os seus efeitos, deveria ser interpretada, como sendo informação apta a ser tratada como confidencial aquela que pudesse “afetar a confidencialidade” (sic) de assuntos industriais ou comerciais, como seria o caso, por exemplo, de propriedade intelectual<sup>2497</sup>.

Lembrou, ainda, o memorial, que o Reino Unido teria assinado a Declaração do Rio de 1992, a qual em seu Princípio 10, estabeleceria que assuntos ambientais seriam melhor conduzidos com a participação de todos os cidadãos interessados, no nível relevante. No nível nacional, cada indivíduo precisaria ter adequado acesso à informação, detida pelas autoridades, relativamente ao ambiente, incluindo a informação sobre materiais ou atividades perigosas, em suas comunidades, além da oportunidade de tomar parte no processo decisório.

---

<sup>2495</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.38. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2496</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.38. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2497</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.38/39. Acesso em 13/01/2016.

Diria, ainda, que os Estados deveriam encorajar e facilitar a tomada de consciência do público e sua participação, tornando a informação largamente disponível.<sup>2498</sup>

Recordou, ainda, o memorial, que o Reino Unido teria assinado a Convenção de Acesso à Informação, Participação Pública no Processo Decisório e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais, da UNECE, em 1998, chamada de Convenção de Aarhus. Além disso, lembrou que, em 2000, o Reino Unido teria encaminhado uma proposta, para modificar o regime de acesso à informação ambiental, à luz dos compromissos assumidos na Convenção de Aarhus e tendo em vista a proposta da Comissão Europeia, de emendar a Diretiva de 1990, em junho de 2000, que se encontrava, à época do memorial irlandês, em segundo turno, no Parlamento Europeu<sup>2499</sup>.

A proposta do Reino Unido, dentre outros aspectos, estabeleceria que entes públicos, solicitados a liberar informação ambiental, deveriam fazê-lo o mais rápido possível, no máximo, em dois meses, a não ser alguma exceção do regulamento se aplicasse, ou que alguma forte ou relevante razão o impedisse de fazê-lo<sup>2500</sup>.

As Regulações sobre Informação Ambiental do Reino Unido, teriam sido complementadas por um ato administrativo normativo, visando à sua implementação, o qual, em seu parágrafo quarenta, estatuiria a presunção de que a informação ambiental deveria ser liberada, a não ser que existissem razões fortes e relevantes que impedisse tal liberação. Por sua vez, a Seção 22 do Ato de Proteção Ambiental, de 1990, preveria que a informação seria, para os propósitos da dita seção, “comercialmente confidencial”, em relação a qualquer pessoa, se estivesse contida em um registro público e pudesse vir a prejudicar em um grau não-razoável o interesse comercial daquela pessoa, conforme o mencionado pela tese irlandesa. Transpareceria, portanto, que o próprio governo do Reino Unido entenderia que a exceção de confidencialidade comercial somente poderia ser arguida nessas circunstâncias<sup>2501</sup>.

O memorial, a seguir, referiu-se a dois precedentes julgados por cortes do Reino Unido, acerca dessas regulações sobre informação ambiental, sendo que, no Caso "*R versus British Coal Corporation*", no voto do Juiz Harrison, teria sido adotada uma interpretação, segundo a qual, teria se compreendido que o sentido da legislação seria o de permitir a liberdade de acesso à informação ambiental, de modo que, seria estranho que a norma

---

<sup>2498</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.39. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2499</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.39. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2500</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.39/40. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2501</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.40. Acesso em 13/01/2016.

pretendesse autorizar apenas a liberação da informação nua, sem que fosse possível verificar se ela seria certa, errada ou indiferente<sup>2502</sup>.

O outro precedente teria sido o Caso "Secretário de Estado de Meio-Ambiente, Transporte e Regiões e Outros", no qual, os detalhes de um acordo de concessão teriam sido considerados confidenciais pelo Secretário de Estado, porque recairiam na exceção da Regulação 4. Em sentido contrário, o voto do Juiz Sullivan considerou que a linguagem das regulações seria clara, de modo que, se a informação ambiental deveria ser tratada como confidencial, se ela recairia em alguma exceção da Regulação 4, tudo isso diria respeito a fato, devendo ser determinado de forma objetiva. Mais especificamente, quanto ao dever de especificar as razões para a negativa da disponibilização das informações, o mesmo voto teria ponderado que o propósito da Diretiva seria o de permitir ao indivíduo, que tivesse o seu requerimento indeferido, pudesse saber, se essa negativa teria sido bem fundamentada em fatos e em direito, bem como, se ela seria suscetível de ser desafiada<sup>2503</sup>.

Prosseguindo em seu voto, o Juiz Sullivan, teria afirmado que esse objetivo não seria atingido, quando a recusa fosse afirmação crua, de que o acordo de concessão seria confidencial, segundo uma determinada regulação. Concluiu Sullivan, dizendo que seria possível fornecer alguma breve explicação da razão pela qual a informação deveria ser confidencial, sem quebrar a confidencialidade.<sup>2504</sup>

Fazendo referência ao ato normativo que complementaria as regulações em questão, o voto do Juiz Sullivan ainda teria dito que teria de haver uma evidência incontestável de necessidade de proteção, no campo da confidencialidade e do período de tempo, pelo qual, tal proteção seria necessária. O teste, que teria de ser feito, seria considerar, se a abertura das informações traria prejuízo, em um grau não-razoável, ao interesse comercial daquela pessoa determinada<sup>2505</sup>.

No mencionado processo, se pretenderia a liberação das informações, afirmando-se que “confidencialidade comercial ou industrial” significaria uma informação determinada, que um negócio precisaria manter confidencial, para proteger a sua posição competitiva, conhecimento tecnológico ou processo de produção. Os que desejariam obstaculizar a liberação afirmariam que todo o acordo de concessão deveria ser confidencial, em razão de sua natureza de documento comercial, que conteria um conjunto de direitos e obrigações, que teria implicações financeiras para as partes e que elas teriam pactuado deveria ser tratado

---

<sup>2502</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.40. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2503</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.40/41. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2504</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.41. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2505</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.41. Acesso em 13/01/2016.

como confidencial, não sendo, em função disso, necessário existir a evidência de um dano específico<sup>2506</sup>.

Porém, o voto do Juiz Sullivan teria reconhecido que a Diretiva preveria a recusa em casos específicos e definidos, ou seja, seria confidencial uma informação que a empresa precisasse manter em segredo, para proteger a sua posição competitiva, não o conhecimento da organização do negócio ou métodos, ou do saber fazer, de forma geral. Ou seja, qualquer exceção, arguida com base na Diretiva, precisaria ser estrita e proporcional, de uma forma que fosse consistente com o atingimento do objetivo principal dela, conforme teria salientado. Mais ainda, o voto do Juiz Sullivan teria destacado a necessidade de separar a informação não-confidencial, para fins de disponibilização, não aceitando a alegação da empresa, de que todo o documento recairia na exceção da Regulação 4, invocando o ato normativo administrativo, que teria complementado as regulações sobre o assunto, ainda que não se tratasse de lei em sentido formal, porque teria trazido uma abordagem sensível para um problema prático. O voto do Juiz Sullivan defenderia um ato de ponderação, entre dois interesses públicos: o de proteger a informação ou de liberá-la, nos termos das Regulações, de 1992<sup>2507</sup>.

Afirmou o memorial, que o próprio governo do Reino Unido, mais recentemente, teria declarado, claramente, que a exceção de confidencialidade comercial precisaria ser aplicada de forma estrita, em um requerimento formulado à luz das Regulações, tendo o Ministro da Agricultura, Pesca e Alimentos respondido, em 04/04/2001, que só poderia ser tratada como comercialmente confidencial uma informação específica, que uma empresa precisaria manter em segredo, não um conhecimento genérico da organização ou dos métodos do negócio. Entretanto teria afirmado, se deveria perguntar ao fornecedor das informações, primeiro, quais dos itens ele consideraria comercialmente confidencial, segundo uma interpretação estrita das Regulações, ouvindo as suas razões<sup>2508</sup>.

Outra demonstração da visão estrita de confidencialidade comercial, existente em declarações do Governo do Reino Unido, estaria em uma carta da Diretoria de Segurança em Pesticidas, para uma empresa, desejando excepcionar a regra da abertura de informações, como recordou o memorial. Teria afirmado o Governo do Reino Unido, que a empresa não poderia pretender uma exceção genérica à regra, porque, segundo as Regulações, seria

---

<sup>2506</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.41. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2507</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.41/42. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2508</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.42. Acesso em 13/01/2016.

necessária uma abordagem objetiva, na determinação de quais documentos em particular, podem ser vistos, verdadeiramente, como demandantes de confidencialidade comercial<sup>2509</sup>.

Também teria sido declarado que o teste que deveria ser feito, para saber se haveria confidencialidade comercial, seria verificar se a informação específica seria necessária para manter a posição competitiva da empresa. Segundo a referida Diretoria, o tipo de informação, que poderia ser assim tratada, seria aquele, dizendo respeito a fórmulas, métodos de manufatura, dentre outros, que, se aberta, permitiria a um competidor reproduzir ou copiar o produto desenvolvido e competir no mercado, sem incorrer nos mesmos custos de desenvolvimento do dito produto<sup>2510</sup>.

Como, nesse caso específico, a Diretoria de Segurança em Pesticidas não teria divisado qualquer evidência cogente da necessidade de proteção, em termos de confidencialidade comercial, teria afirmado que não se poderia considerar que ela existisse, para os fins das Regulações sobre Informação Ambiental<sup>2511</sup>.

Segundo o memorial, tais declarações oficiais demonstrariam que o Governo do Reino Unido adotara e continuaria a adotar uma interpretação mais restritiva da confidencialidade comercial, quando exercitando o seu poder regulatório interno. Porém, obtemperou o memorial, o Governo do Reino Unido teria adotado um padrão inteiramente diferente, relativamente aos Relatórios ADL e PA<sup>2512</sup>.

Um precedente importante, segundo o memorial, para compreender a visão do Direito do Reino Unido, teria sido dado pela Corte de Apelação, no Caso "*London Regional Transport and London Underground Limited versus Prefeito de Londres e Transport for London*". Nele, os demandantes pretenderiam impedir que o Prefeito de Londres e a *Transport for London*, um conselho, do qual o Prefeito seria o Presidente, publicassem um relatório independente da consultoria Deloitte e Touche, sobre a viabilidade econômica de certos aspectos da privatização do metrô londrino. Teriam alegado que o relatório conteria informações comercialmente confidenciais, que teriam sido fornecidas por empresas, que pretenderiam operar seções do metrô, que poderiam causar dano comercial, caso viessem a público. A alegação parecia ter se fortalecido, pelo fato da *Transport for London* haver assinado pactos de confidencialidade comercial, com as empresas que teriam fornecido tais

---

<sup>2509</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.42. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2510</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.42. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2511</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.42. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2512</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.42. Acesso em 13/01/2016.



informações. Porém, a Corte de Apelação teria se recusado a conceder a ordem, aprovando a fundamentação do Juiz Sullivan, em primeiro grau.<sup>2513</sup>

Em seu julgamento, o Juiz Sullivan teria enumerado os princípios relevantes, que seguiria, atualizando todo o Direito do Reino Unido, nessa matéria de confidencialidade comercial, segundo o memorial. Teria afirmado, em primeiro lugar, que saber, se a parceria público-privada teria viabilidade econômica, seria algo muito importante para os londrinos, tratando-se de interesse público; que o processo democrático, para ser efetivo, exigiria liberdade de informação, de modo que o governo e os operadores não poderiam controlar o fluxo de informações sobre as parcerias público-privadas; levando-se em conta a natureza do documento, que se proporia produzir, que seria um relatório sério sobre assunto de relevante interesse público, preparado por uma organização de reputação considerável; bem como, que quem pretendia abrir as informações seria o Prefeito de Londres, que, além de ser democraticamente eleito, seria um servidor público, bem como que, que se pretendia impedir a divulgação para benefício privado, logo, as informações teriam de ser disponibilizadas<sup>2514</sup>.

O voto do Juiz Walker na Corte de Apelação, sustentando a posição de Sullivan, teria elaborado alguns princípios sobre o assunto, tendo afirmado, conforme informou o memorial irlandês, que o acordo de confidencialidade comercial seria irrelevante, ao se realizar a ponderação sobre qual parte da informação seria de interesse público divulgar<sup>2515</sup>.

O voto do Juiz Sedley, no mesmo caso, teria feito um resumo dos valores em jogo, nesse caso, dizendo que o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos não trataria apenas da liberdade de expressão. Lidaria também com o direito de receber e lidar com informação, um direito que seria o sangue vital da democracia. Ainda que o Relatório Deloitte, para alguns, fosse um conjunto de opiniões contestáveis sobre o procedimento creditício, para outros, seria uma avaliação contrária de especialistas, de importância para o público. Tenham sido, ou não, assinado acordos de confidencialidade, tanto o direito interno, quanto o artigo 10(2) da Convenção teriam reconhecido a propriedade de se assegurar a confidencialidade, mas também, de se abrir as informações. Ainda que existisse acordo de confidencialidade, caso se atendesse o interesse público na livre circulação de ideias e informações, a hipótese seria de liberação.<sup>2516</sup>

---

<sup>2513</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.42/43. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2514</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.43. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2515</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.43. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2516</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.43/44. Acesso em 13/01/2016.

Tudo isso deixaria claro, na visão do memorial irlandês, que no Direito do Reino Unido, deveria haver uma ponderação, com ênfase firme no interesse público, no livre fluxo de informações e de ideias. Ainda que, no caso em questão, o Relatório Deloitte houvesse sido modificado, para omitir certas figuras, seria evidente que tais alterações teriam sido poucas e que se teria chegado até elas, pela via de um processo cooperativo, no qual, teriam sido consideradas quais supressões seriam realmente necessárias.<sup>2517</sup>

O que teria feito a Irlanda seria uma analogia com o caso acima transcrito, utilizando-se dos critérios enumerados pelo Juiz Sullivan, afirmando que a usina MOX seria um caso de relevante interesse público, para o Reino Unido e, especialmente, para a Irlanda; que a decisão sobre se a usina MOX deveria ir adiante seria, essencialmente, um assunto político, que deveria ser resolvido democraticamente, de modo que, um debate realizado por um público informado seria essencial; os Relatórios PA e ADL seriam análises sérias sobre as perspectivas da usina MOX; que a Irlanda não estaria procurando obter acesso a documentos da BNFL, mas à integralidade das análises contidas nos Relatórios PA e ADL; por fim, aqueles que estariam tentando obter tais informações seriam representantes democraticamente eleitos do povo da Irlanda, atuando segundo um dever público<sup>2518</sup>.

Sustentou-se que a recusa genérica e integral da abertura das informações seria inconsistente com os compromissos jurídicos domésticos e internacionais do Reino Unido<sup>2519</sup>.

Resumidamente, a Irlanda afirmou que: o Direito Internacional e o do Reino Unido e as práticas interna e internacional reconheceriam a importância do acesso à informação sobre o meio-ambiente; o artigo 9(3) da Convenção OSPAR direcionaria o Tribunal a considerar tais desenvolvimentos na prática do Reino Unido e internacional; seria manifesto, tanto no direito do Reino Unido, quanto no Direito Internacional, que as exceções à liberdade de informação deveriam ser interpretadas restritivamente; a confidencialidade comercial, para justificar a negativa de disponibilização, precisaria da existência de uma ameaça séria e premente a interesses comerciais bem definidos, de competidores identificáveis, em um mercado determinado; razões detalhadas precisariam ser dadas, para justificar a negativa na disponibilização das informações; que o Reino Unido não teria preenchido tais requisitos<sup>2520</sup>.

O memorial passou então, a analisar com maior profundidade, o significado dos critérios em questão, para a retenção de informações, sob o fundamento de confidencialidade comercial, o que constituiria o cerne da matéria, que deveria ser objeto de prova pelo Reino

---

<sup>2517</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.44. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2518</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.44. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2519</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.44. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2520</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.44. Acesso em 13/01/2016.

Unido, para poder invocar a exceção à regra da abertura das informações. Fez-se isso, com a intenção de provar que o Reino Unido não teria preenchido tais condições<sup>2521</sup>.

A primeira tese foi a de que a confidencialidade comercial não poderia ser afetada, quando não houvesse competição. Pareceria óbvio, para o entendimento irlandês, que a confidencialidade comercial só poderia ser afetada, quando houvesse competição verdadeira, em um mercado determinado. A presunção seria a de que a liberação das informações causaria dano, porque beneficiaria outro. Para que competidores pudessem beneficiar-se de determinadas informações, seria necessário que estivessem estabelecidos naquele mercado específico ou que tivessem sérias perspectivas de nele entrarem.<sup>2522</sup>

Logo, como não haveria competição no mercado de combustível MOX, não seria possível haver qualquer dano à confidencialidade comercial. O Reino Unido partiria da presunção que o mercado de combustível MOX seria um mercado livremente competitivo. Mas o Relatório McKerron teria explicado, em detalhes, que tal presunção não se sustentaria, no caso da usina MOX. Somente existiria outra usina MOX, no mundo inteiro, produzindo combustível MOX, em escala comercial. Assim mesmo, não seria um competidor, tendo em vista a natureza do mercado do combustível MOX<sup>2523</sup>.

O Relatório McKerron teria dito que não haveria qualquer competição no mercado de processamento de plutônio isolado. Contratos de reprocessamento obrigariam os seus clientes a terem o seu combustível reprocessado e seriam estritos. Isso significaria que os clientes do plutônio seriam, essencialmente, cativos do reprocessador, fisicamente, logo que reprocessamento ocorresse e, financeiramente, antes que isso se desse. Em outras palavras, teria afirmado o Relatório McKerron, citado pelo memorial, que a BNFL possuiria o completo monopólio do mercado de processamento de plutônio isolado, dentre os existentes clientes de reprocessamento. Logo, não haveria como a abertura das informações prejudicar a sua posição no mercado<sup>2524</sup>.

Teria prosseguido o Relatório McKerron, afirmando que o mercado relevante corrente do combustível MOX estaria limitado aos clientes, que já teriam assinado os contratos de reprocessamento. Para tais clientes, que já teriam contrato assinado com a BNFL, não existiria uma real possibilidade de competição entre ela e sua única potencial concorrente, que seria a COGEMA<sup>2525</sup>.

---

<sup>2521</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.45. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2522</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.45. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2523</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.45. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2524</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.45. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2525</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.45. Acesso em 13/01/2016.

Disse o memorial que o Reino Unido não teria apontado um único potencial competidor, cuja existência pudesse justificar a retenção das informações, no campo comercial. A alegação da Irlanda foi a de que não haveria competidores<sup>2526</sup>.

Porém, mesmo que essa competição existisse, afirmou o memorial, a abertura das informações não seria apta a prejudicar a posição competitiva, tanto é que, quando do processo de autorização da usina THORP, a BNFL teria divulgado informações detalhadas, que incluiriam o valor dos pedidos confirmados, na época do relatório; a data projetada para o início da produção; a perda semanal dos lucros, no caso de atraso no início das operações; a vida útil da usina; número de empregados; os valores projetados das vendas futuras; demanda de vendas e o número, a nacionalidade e o valor dos pedidos; a identidade de muitos dos clientes; volume projetado de processamento de combustível; valores de pagamentos e empréstimos de clientes à BNFL, pela THORP; volume e tipo de combustível, no livro de pedidos da THORP; quantidade de combustível, aguardando reprocessamento, em Sellafield; custos de capital, custos de descontinuidade e outros custos<sup>2527</sup>.

A Irlanda, portanto, não teria visto motivos para que esse mesmo tipo de informação, que o Reino Unido teria se negado a divulgar, no caso da usina MOX, pudesse afetar a competição neste caso, não afetando, no caso da usina THORP<sup>2528</sup>.

Além disso, lembrou o memorial que o Reino Unido não teria fornecido qualquer evidência da existência de provisões contratuais, entre a BNFL e seus competidores, exigindo o fechamento das informações, apesar de havê-lo alegado<sup>2529</sup>.

Mas, ainda que tais evidências pudessem existir, isso não afetaria a natureza do teste a ser aplicado, para verificar se tais informações deveriam ser abertas ao público. A existência de cláusulas de confidencialidade não seria relevante neste assunto, como teria decidido recentemente a Corte de Apelação, no caso "*London Regional Transport*", já comentado acima, quando uma das partes decide abri-las, em nome do interesse público. Teria decidido a Corte de Apelação que seria necessário ponderar o risco de dano da abertura de material verdadeiramente sensível, do ponto de vista comercial, relativamente ao claro interesse público, no livre acesso às informações, em assuntos que possam verdadeiramente ser de preocupação do público. Teria se referido, igualmente, à Convenção Europeia de Direitos

---

<sup>2526</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.46. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2527</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.46. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2528</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.46. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2529</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.47. Acesso em 13/01/2016.

Humanos e ao Ato sobre Direitos Humanos de 1998, que a teria incorporado ao direito interno<sup>2530</sup>.

Em tal julgamento, o voto do Juiz Walker teria criticado a posição baseada na sacralidade do contrato, acrescentando que, em nenhum momento, os requerentes da medida teriam demonstrado que essa quebra seria menos séria que outras, como no caso de ex-empregados de uns, que passam a trabalhar para outros, bem como, de representantes da imprensa, que não estariam vinculados a qualquer cláusula de confidencialidade<sup>2531</sup>.

A Irlanda defendeu que a posição adotada pela Corte de Apelação em questão seria correta e pertinente à aplicação do artigo 9(3) da Convenção OSPAR. Ou uma informação seria comercialmente confidencial, ou não seria, por sua natureza e levando-se em conta o interesse público, não por contratos que as partes fizessem entre si<sup>2532</sup>.

Com efeito, sustentou o memorial que, mesmo que fosse o caso de confidencialidade comercial, ela, ainda assim, teria de ser superada, em nome do interesse público na abertura das informações, porque o povo do Reino Unido, da Irlanda e de outros Estados interessados teria o direito de saber os detalhes de um projeto nuclear, que poderia afetar a sua saúde e a sua segurança, com sérias implicações para o Mar da Irlanda e que ainda poderia não se justificar do ponto de vista econômico<sup>2533</sup>.

A autorização da usina MOX, segundo o ponto de vista defendido pelo memorial irlandês, não seria um assunto de ordem técnica ou jurídica, mas, um assunto a ser resolvido, através do processo democrático, que requereria participação total do público. Essa participação requereria, por sua vez, informação completa. O valor dessa participação, segundo se defendeu, ultrapassaria qualquer dano à BNFL ou à LMA<sup>2534</sup>.

Defendeu o memorial que seria necessário realizar-se o teste correto, para se saber se haveria o direito à manutenção da alegada confidencialidade comercial, o qual exigiria que o Reino Unido fornecesse razões integrais e detalhadas, a respeito de toda a classe ou item informativo, para explicar as razões de não se poder disponibilizá-las; identificasse os competidores comerciais relevantes e o mercado relevante; demonstrasse que a revelação, para cada item de informação omitido, causaria dano sério e não-razoável à posição competitiva da empresa em questão; e mostrasse que o interesse público não seria apto a

---

<sup>2530</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.47. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2531</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.47. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2532</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.48. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2533</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.48. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2534</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.48. Acesso em 13/01/2016.

superar o prejuízo competitivo causado. Segundo a Irlanda, o Reino Unido não teria satisfeito tais condições<sup>2535</sup>.

Por conseguinte, a Irlanda solicitou ao tribunal arbitral que ele ordenasse e declarasse que o Reino Unido teria descumprido as suas obrigações, nos termos do artigo 9º da Convenção OSPAR, ao recusar a disponibilização das informações omitidas dos Relatórios PA e ADL, requeridas pela Irlanda; que, em consequência desse descumprimento, o Reino Unido fornecesse à Irlanda uma cópia completa de ambos os relatórios em questão; ou subsidiariamente, uma cópia deles, que contivesse todas as informações que o Tribunal Arbitral entendesse que não viessem a afetar negativamente a confidencialidade comercial, no sentido dado pelo artigo 9(3)(d), da Convenção OSPAR; e que o Reino Unido pagasse pelas custas do procedimento<sup>2536</sup>.

### 1.2 O Contra-memorial do Reino Unido<sup>2537</sup>

O contra-memorial do Reino Unido, de 06/06/2002, apresentou razões de fato e de direito, para que o pleito irlandês não viesse a ser acolhido. Para tanto, o fez com base em três fundamentos principais.<sup>2538</sup>

Em primeiro lugar, alegou que o artigo 9º da Convenção OSPAR não teria criado um direito para a obtenção da informação, de forma direta. Pelo contrário, disse o memorial que a convenção em questão teria determinado que os Estados-parte criassem os mecanismos domésticos, para que tais informações viessem a ser fornecidas, o que o Reino Unido alegou ter feito<sup>2539</sup>.

Afirmou o contra-memorial do Reino Unido que a Irlanda teria um caso, se o Reino Unido não houvesse providenciado esse regime doméstico para a abertura das informações, mas a Irlanda não teria alegado isso<sup>2540</sup>.

O segundo argumento foi o de que a informação em tela não se enquadraria nos termos do artigo 9(2) da Convenção OSPAR, porque tal informação não seria suficientemente próxima do “estado da área marítima” ou de “medidas ou de atividades que o afetem ou possam vir a afetá-lo”. Assim, mesmo que se entendesse que o artigo 9(1) da Convenção houvesse criado um direito de obter tais informações diretamente, não seriam essas as informações às quais se referiria o artigo 9(2)<sup>2541</sup>.

<sup>2535</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.49. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2536</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Memorial.pdf). p.49. Acesso em 13/01/2016.

<sup>2537</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf). p.1/88. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2538</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf). p.1. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2539</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf). p.1. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2540</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf). p.1. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2541</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf). p.1/2. Acesso em 15/01/2016.

O terceiro argumento do contra-memorial foi o de que mesmo que o Reino Unido estivesse errado, também quanto à interpretação do artigo 9(2) da Convenção, haveria o artigo 9(3)(d), o qual teria estabelecido exceção a essa abertura, com base na confidencialidade comercial. Afirmou que a recusa em fornecer esse tipo de informação seria consistente com o direito interno e com as regulações internacionais<sup>2542</sup>.

Feita essa apresentação, o contra-memorial iniciou-se com a descrição da matéria em disputa, fazendo referência ao pleito de obtenção de cópia integral dos relatórios PA e ADL. Disse que o Relatório PA seria um relatório submetido à Agência Ambiental do Reino Unido, em 1997, pela *PA Consulting Group*, que teria vencido uma concorrência pública, para conduzir uma pesquisa independente, sobre a viabilidade econômica da operação da usina de combustível de óxido misto (MOX), de Sellafield, construída pela *British Nuclear Fuels Plc*. Essa pesquisa teria sido feita com o intuito de subsidiar a eventual justificação a uma nova atividade, que geraria radiação ionizante, nos termos das Diretivas 80/836 e 84/467 EURATOM<sup>2543</sup>.

Afirmou o Reino Unido que a PA teria produzido um relatório completo, mas que, determinadas partes teriam sido glosadas, com base em confidencialidade comercial, na versão publicada em dezembro de 1997. Em junho de 1999, teria sido publicada uma versão mais completa que a anterior, com vistas à realização de mais uma rodada de consulta pública. Apesar da segunda versão, alegadamente, ter sido elaborada com menos glosas que a primeira, não deteria as mesmas informações do relatório integral, realizado pela Consultoria PA<sup>2544</sup>.

Por sua vez, afirmou o contra-memorial, o Relatório ADL teria sido elaborado pela Consultoria Arthur D. Little Ltda., que, em abril de 2001, teria vencido uma concorrência pública para revisar a pesquisa de viabilidade econômica da operação da usina MOX. A pesquisa teria sido realizada no contexto da justificação, sob a égide da Diretiva 96/29 EURATOM, que teria substituído as diretivas anteriores. Segundo o contra-memorial, teria determinado essa nova diretiva, que os Estados-membros da organização deveriam assegurar que todos os novos tipos de classes ou práticas, que resultassem na exposição à radiação ionizante, deveriam ser justificadas antes de serem adotadas ou primeiro aprovadas pelos seus

---

<sup>2542</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.2](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.2) . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2543</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.3](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.3) . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2544</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.3](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.3) . Acesso em 15/01/2016.

efeitos econômicos, sociais ou outros, em relação ao prejuízo à saúde que elas poderiam vir a causar<sup>2545</sup>.

Contou o memorial que a ADL teria submetido o relatório ao Departamento do Reino Unido para Meio-Ambiente, Alimentos e Assuntos Rurais e para o Departamento de Saúde. Esse relatório teria sido publicado em julho de 2001. Da mesma forma que o Relatório PA, o Relatório ADL teria tido partes glosadas na versão pública, com base em confidencialidade comercial<sup>2546</sup>.

Ambos os relatórios cobririam, essencialmente, o mesmo assunto. A única diferença entre eles seria que o Relatório ADL se dirigiria ao estudo da viabilidade econômica da BNFL. Lembrou o contra-memorial, que o memorial irlandês teria se concentrado no Relatório PA e incluído, em um único anexo, apenas o sumário do Relatório ADL. Porém, teria sido com base no Relatório, que teria estudado a viabilidade econômica, como apresentado no Relatório ADL, que os ministros teriam tomado a decisão, em 03/10/2001, de que a manufatura de combustível MOX seria justificável, de acordo com a Diretiva EURATOM 96/29<sup>2547</sup>.

Disse o contra-memorial, que ambos os relatórios seriam substanciais e independentes, o que não teria sido contestado pela Irlanda. Aduziu, ainda, que a leitura das versões públicas integrais dos dois permitiria ao tribunal identificar a verdadeira natureza das informações, que a Irlanda pretendia obter, de modo que, seria pouco claro se os responsáveis pelo memorial irlandês, efetivamente, as teriam lido<sup>2548</sup>.

Em seguida, o contra-memorial apresentou as duas decisões, que teriam indeferido, administrativamente, os requerimentos de fornecimento das versões integrais dos relatórios, tendo o indeferimento relativo ao Relatório PA, de 17/12/1999, afirmado que ele não teria sido inteiramente exposto ao público, por conta de confidencialidade comercial, eis que, se isso ocorresse, poderia vir a causar dano comercial inaceitável à BNFL, o que os Ministros pretenderiam evitar<sup>2549</sup>.

Quanto ao indeferimento da liberação da versão integral do Relatório ADL ao público, datado de 05/09/2001, teria sido dito que não se trataria do tipo de informação, que se enquadraria nos termos do artigo 9(2) da Convenção OSPAR. Também teria sido dito que a

---

<sup>2545</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.4](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.4) . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2546</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.4](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.4) . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2547</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.4](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.4) . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2548</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.4/5](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.4/5) . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2549</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.5](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.5) . Acesso em 15/01/2016.



versão pública conteria toda a informação, com base na qual, se teria chegado à conclusão exposta<sup>2550</sup>.

Também se afirmou que as glosas teriam sido executadas, para evitar dano não-razoável às operações comerciais da BNFL ou para a própria viabilidade econômica da usina MOX de Sellafield, de modo que, com relação a ambos os relatórios, o Reino Unido teria justificado à Irlanda as razões pelas quais não poderia liberar as informações<sup>2551</sup>.

Em seguida, concentrou-se o contra-memorial no artigo 9º da Convenção OSPAR e em seus três parágrafos, para dizer que a análise do pleito irlandês exigiria um estudo de três assuntos principais: se a Irlanda teria o direito de obter tais informações diretamente, com base apenas no artigo 9(1), da Convenção; caso positivo, se a informação pretendida diria respeito ao estado da área marítima ou a atividades ou medidas que o afetassem adversamente ou poderiam vir a fazê-lo, no sentido dado pelo artigo 9(2) do mesmo diploma; caso positivo, se o Reino Unido exerceu legitimamente um direito conferido pelo artigo 9(3)(d), da mesma convenção, com base em seu direito interno e em regulações internacionais aplicáveis, ao recusar o fornecimento das informações, com base em confidencialidade comercial<sup>2552</sup>.

A seguir, o contra-memorial questionou o memorial irlandês, afirmando que havia nele um rol de assuntos irrelevantes para o caso a ser julgado, dentre eles a questão do risco de poluição marítima, que decorreria da operação da usina MOX; as alegações sobre o risco de vazamento de material radioativo, no caso de acidente marítimo, em que pese o alegado estrito cumprimento, por parte do Reino Unido, de todos os padrões internacionais de segurança, relativamente ao transporte de material nuclear; a discussão sobre os méritos relativos de se estocar o rejeito do combustível nuclear em piscinas de estocagem, ao invés de se reprocessá-lo e sobre a conversão do plutônio recuperado em MOX; as alegações sobre a inadequação da Declaração Ambiental de 1993; a justificação da usina MOX, sob as normas EURATOM; o alegado descumprimento da Declaração de Sintra e sobre o risco de ataque terrorista à usina MOX<sup>2553</sup>.

Sustentou o contra-memorial que tais assuntos estariam totalmente fora do mérito a ser discutido no caso. Recordou-se, igualmente, que tais temas já estariam sendo discutidos perante um tribunal, constituído com base no Anexo VII, da Convenção das Nações Unidas

---

<sup>2550</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.5](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.5) . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2551</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p5/6](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p5/6) . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2552</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.6/7](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.6/7) . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2553</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.7](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf,p.7) . Acesso em 15/01/2016.

sobre o Direito do Mar (UNCLOS), tendo em vista requerimento irlandês, datado de 25/10/2001. Por isso, o Reino Unido não responderia a eles, neste contramemorial.<sup>2554</sup>

Da mesma forma, afirmou o contra-memorial que não seria respondida qualquer questão relativa aos argumentos de um possível aumento no uso da planta de reprocessamento de óxido termal de Sellafield (THORP), que a Irlanda teria afirmado decorrer do início das operações da usina MOX. Apesar da Irlanda, afirmadamente, atribuir importância a tal matéria, estaria além do escopo da presente disputa, porque, com relação a ambos os relatórios, no que tange ao impacto da usina MOX na usina THORP, nenhuma informação sobre a usina THORP teria sido glosada dos mesmos<sup>2555</sup>.

Acresceu que certos temas do caso em questão já teriam sido objeto de processos da Corte Superior, em Londres, em razão das iniciativas de organizações não-governamentais como a Amigos da Terra e o Greenpeace, que teriam pretendido rever judicialmente a decisão ministerial de 03/10/2001, de que a usina MOX se justificaria, de acordo com os requerimentos da Diretiva EURATOM 96/29<sup>2556</sup>.

Da mesma forma que a Irlanda, no seu caso, os requerentes nos processos domésticos teriam alegado que as Secretarias de Estado teriam errado, ao excluir determinados custos, na análise da viabilidade econômica, bem como, que o dever dos Secretários seria avaliar se haveria justificação para a usina MOX, ao invés de justificar o seu processo de produção. O pleito de revisão judicial teria sido recusado pelo Juiz Collins, em 15/11/2001. O seu entendimento teria sido mantido pela Corte de Apelação, em votação unânime, em 07/12/2001<sup>2557</sup>.

Quanto aos fatos, o contra-memorial do Reino Unido referiu-se à BNFL e à usina MOX, lembrando que a primeira seria uma empresa pública limitada, cujo único dono seria o Governo do Reino Unido, que também seria o corrente dono e operador da instalação nuclear licenciada de Sellafield, na Cumbria, no noroeste da Inglaterra. Disse que, durante a operação do reator nuclear, uma pequena quantidade de combustível de urânio seria convertida em plutônio, sendo alguns rejeitos produzidos. Periodicamente, em um ciclo de três a cinco anos, o combustível se tornaria menos eficiente, por conta do surgimento de rejeitos decorrentes da operação. Como decorrência, o combustível precisaria ser enviado para reprocessamento, o qual removeria tais rejeitos, permitindo a reutilização do urânio e do plutônio<sup>2558</sup>.

---

<sup>2554</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.7/8 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2555</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.8 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2556</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.8 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2557</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.8 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2558</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.9 . Acesso em 15/01/2016.

Prosseguiu o contra-memorial do Reino Unido, afirmando que a BNFL teria conduzido o reprocessamento dos rejeitos de combustível nuclear, dentre outros locais, na usina THORP de Sellafield. Ela teria sido concebida no início dos anos setenta, para reprocessar o combustível nuclear dos reatores nucleares de segunda geração, do Reino Unido, os reatores avançados refrigerados a gás (AGR's). Teria sido verificado, posteriormente, que a mesma planta poderia ser, vantajosamente, empregada no processamento de combustível de reatores de água leve estrangeiros (LWR's). A usina THORP teria sido financiada, primordialmente, por pagamentos adiantados, que teriam sido feitos por clientes seguros (instalações situadas no próprio Reino Unido, na Europa e no Japão, que teriam se comprometido com negócios de reprocessamento suficientes, para ocupar totalmente a planta THORP, por um período de operação estimado de, aproximadamente, dez anos). O plutônio que seria separado na operação, ou seria estocado em Sellafield, ou seria remetido de volta para o cliente<sup>2559</sup>.

Um uso teria sido identificado, para o plutônio isolado da operação de reprocessamento do combustível nuclear, por exemplo, na manufatura da usina de combustível MOX, o qual seria feito de uma mistura de dióxido de plutônio e dióxido de urânio. O combustível MOX seria atualmente utilizado nas usinas com reator de água leve (LWR's), em instalações na Bélgica, Alemanha, França e Suíça. Também teria sido utilizado, no passado, em instalações de países como a Holanda, o Japão, a Suécia, Estados Unidos e Itália. Haveria planos bem desenvolvidos para reintroduzir o uso de combustível MOX, em bases comerciais, no Japão e na Suécia, nos próximos anos<sup>2560</sup>.

Expôs o contra-memorial que a usina MOX não seria uma usina de reprocessamento, mas uma instalação de manufatura de combustível, na qual, o óxido do plutônio isolado e o óxido de urânio seriam misturados em pelotas de combustível, as quais seriam processadas, para uso em reatores<sup>2561</sup>.

Lembrou que, em 1993, a BNFL teria requerido à autoridade local apropriada a permissão para planejar a construção da usina MOX. Como parte de suas obrigações contidas nas Regulações de Planejamento Urbano e Rural, de 1998, que tratariam dos estudos de impacto ambiental, teria sido solicitado à BNFL que realizasse uma declaração ambiental, o que teria sido feito. Esse documento teria afirmado que a manufatura de combustível MOX seria um processo bem assentado, sendo essencialmente seco, de modo que, qualquer emissão

---

<sup>2559</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.9 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2560</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.9/10 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2561</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.10. Acesso em 15/01/2016.

de efluentes líquidos seria mínima. O consentimento para o planejamento da construção da usina teria sido dado em 1994 e a construção teria sido concluída em 1996<sup>2562</sup>.

Assim, em 02/08/1996, de acordo com as obrigações inseridas no artigo 37 do Tratado EURATOM, o Reino Unido teria fornecido informações à Comissão Europeia, relacionadas à descarga de material radioativo da usina MOX. O dever da Comissão seria o de consultar especialistas e emitir uma opinião sobre a planta proposta. Em 25/02/1997, a Comissão teria emitido a sua opinião, com base no artigo 37 do Tratado EURATOM, afirmando que a distância entre a planta e a fronteira do Estado-membro mais próximo seria de 184 quilômetros; em condições normais de operação, a descarga de efluentes líquidos e gasosos seria de pequenas frações dos limites autorizados, produzindo uma exposição sobre a população do outro Estado-membro, que seria negligenciável, sob o ponto de vista da saúde; que rejeitos sólidos radioativos de baixo nível seriam depositados na instalação autorizada de Drigg, operada pela BNFL; rejeitos de nível intermediário seriam estocados na instalação de Sellafield, aguardando retirada para uma instalação autorizada apropriada; no caso de descargas não-intencionais de rejeitos radioativos, que poderiam decorrer de um acidente, na escala considerada nas informações gerais, as doses que seriam recebidas pela população de outros Estados-membros não seriam significantes, do ponto de vista da saúde<sup>2563</sup>.

A conclusão da Comissão teria sido no sentido de que, com a implementação do plano de retirada de rejeitos radioativos, decorrentes da operação da usina de óxido misto de Sellafield, fosse considerada a sua operação normal, fosse o caso de acidente, do tipo e da magnitude considerada nas informações gerais, não seria plausível que resultasse em contaminação radioativa, significativa do ponto de vista da saúde, da água, do solo ou do espaço aéreo de outro Estado-membro<sup>2564</sup>.

A Irlanda não teria, no entanto, se oposto a essa opinião da Comissão Europeia<sup>2565</sup>.

No entanto, ela teria participado das cinco rodadas de consulta pública, que teriam feito parte da justificação, a partir da qual, o Secretário de Estado do Meio-Ambiente, Alimentos e Assuntos Rurais e o Secretário de Estado de Saúde teriam decidido, em 03/10/2001, que o processo de manufatura de combustível MOX estaria justificado – o que não seria uma autorização para a construção da usina MOX, como teria afirmado o memorial irlandês. Somente em 19/12/2001, o regulador independente de segurança nuclear do Reino

---

<sup>2562</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.10. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2563</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.10. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2564</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.11. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2565</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.11. Acesso em 15/01/2016.

Unido, o Inspetorado de Instalações Nucleares, teria dado à BNFL o consentimento para proceder à construção<sup>2566</sup>.

Na parte seguinte, o contra-memorial referiu-se aos principais competidores e clientes. Dentre os competidores principais, fornecedores de combustível MOX, haveria a COGEMA e a Belgonucleaire. A COGEMA, à época do contramemorial, operaria duas usinas de combustível MOX, sendo uma empresa, em parte controlada pelo governo francês, através do grupo AREVA. Uma dessas usinas enviaria combustível MOX para a usina nuclear de Dessel, na Bélgica, controlada pelo mesmo grupo. A outra concorrente, a Belgonucleaire, operaria outra usina MOX em Dessel, que remeteria combustível para outro reator, no mesmo local. Haveria planos de construção de usinas MOX no Japão e nos Estados Unidos<sup>2567</sup>.

O Japão seria, tanto um comprador, quanto um potencial fornecedor de combustível MOX. Ele possuiria, segundo o contramemorial, dez usinas nucleares, com 51 reatores de água leve. Todas as unidades japonesas possuiriam contratos firmes, para receber combustível da usina THORP e da usina UP3 da COGEMA. Porém, a maioria das unidades japonesas teria o combustível reprocessado na unidade TRP ("*Tokai Reprocessing Plant*"), uma instalação modelo nacional, que seria operada pelo Instituto de Desenvolvimento do Ciclo Nuclear Japonês (JNC DI)<sup>2568</sup>.

Muitos países da Europa Ocidental atualmente operariam usinas nucleares, para fins pacíficos, que gerariam rejeitos de combustível aptos para reprocessamento, de modo que, o seu plutônio poderia ser reprocessado em Sellafield. Afirmou o contra-memorial que o memorial irlandês teria se referido à Suíça, à Holanda e à Bélgica, mas também teria dito que seria esse tipo de informação que não poderia ser revelada<sup>2569</sup>.

Passada essa fase de indicação dos principais concorrentes, o contra-memorial cuidou de narrar o processo seguido, que teria redundado na confecção dos relatórios PA e ADL. Iniciou afirmando que, em 1996, a BNFL teria entrado com um requerimento, junto à Agência Ambiental do Reino Unido, com o fito de obter autorização para lançar rejeitos gasosos e líquidos, a partir de suas instalações em Sellafield. A agência, então, teria solicitado informações sobre a usina MOX e a BNFL teria fornecido as mesmas em janeiro de 1997. Teria sido iniciado, então, um procedimento de consulta pública, pela referida agência, que teria durado oito semanas e sido concluído em abril de 1997<sup>2570</sup>.

---

<sup>2566</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.11. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2567</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.11/12. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2568</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.12. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2569</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.12. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2570</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.12. Acesso em 15/01/2016.

Ocorre que, em resposta às preocupações de que a usina não teria viabilidade econômica, a agência teria solicitado à BNFL informações adicionais, em 23/06/1997. A BNFL teria chegado a apresentar um estudo econômico, mas teria ficado decidido que seria necessária a participação de uma consultoria independente, tendo a PA vencido a concorrência pública. Para tanto, a BNFL teria acordado com a PA um termo de confidencialidade, relativamente às informações que viriam a ser fornecidas, para a realização do estudo<sup>2571</sup>.

A própria PA teria elaborado critérios, para decidir quais seriam as informações, que deveriam ser mantidas em estrita confidencialidade. Assim, as informações, que viessem a constar do futuro relatório PA não poderiam permitir ou auxiliar os competidores a ocupar fatias de mercado ou a financiar as suas próprias operações; permitir ou auxiliar os competidores a atacar a base de clientes da BNFL e a erodir a lucratividade do negócio; permitir ou auxiliar novos competidores a ingressarem nesse mercado; permitir ou auxiliar competidores a compreender as bases econômicas e de processos do negócio de fabricação de combustível MOX da BNFL; ou que viessem a quebrar qualquer solicitação de confidencialidade, feita por cliente ou vendedores. Da mesma forma, não poderiam vir a público, segundo tais critérios, quaisquer informações que pudessem proporcionar risco à segurança e às salvaguardas, relativamente a quantidades, posicionamento e movimentações do plutônio<sup>2572</sup>.

A partir de então, segundo a explicação do contra-memorial do Reino Unido, a PA teria apresentado o seu relatório completo ao Departamento de Meio-Ambiente, Transporte e Regiões, mas, ainda que, discutindo sobre o material, independentemente e de acordo com os critérios anteriormente elaborados, teria divulgado a sua versão com cortes para o público. No que a BNFL e a PA divergiram sobre quais partes poderiam, ou não, ir a público, quem teria tomado a decisão sobre a divulgação do material teria sido a Agência Ambiental do Reino Unido, tendo ela divulgado a versão para o público, em 12/12/1997<sup>2573</sup>.

Então, teria ocorrido uma segunda consulta pública, que teria sido concluída em 16/03/1998. Em outubro de 1998, então, a Agência Ambiental em questão teria apresentado duas propostas de decisão para as Secretarias de Estado envolvidas, uma sobre a construção da planta de urânio e outra sobre a planta de plutônio e a operação total da planta<sup>2574</sup>.

---

<sup>2571</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.12/13. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2572</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.13. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2573</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.13. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2574</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.13/14. Acesso em 15/01/2016.

Depois de terem, afirmadamente, recebido representações da Irlanda e de outros interessados, bem como, após haverem, como se alegou, refletido sobre a matéria de forma independente, o Departamento de Meio-Ambiente, Transporte e Regiões e o Ministério da Agricultura, Pesca e Alimentos teriam optado por realizar uma análise, item por item, do relatório PA, a fim de assegurar que qualquer informação que, não dissesse respeito à confidencialidade comercial, pudesse vir a ser divulgada ao público. A versão revisada pelas Secretarias de Estado teria sido divulgada ao público em junho de 1999. Na mesma ocasião, também, teria sido divulgada uma pesquisa de mercado do combustível MOX, da lavra da própria BNFL<sup>2575</sup>.

O contra-memorial, por conta disso, afirmou desmentir uma afirmação contida no memorial irlandês, de que não haveria diferenças significativas entre as duas versões do relatório PA, divulgadas para o público. Afirmou que uma série de dados teria sido publicada, na versão revisada, que não teria sido divulgada antes, sendo exemplos de temas divulgados em tal ocasião: volumes de venda, preços de venda, capacidade de produção, custos fixos, custos variáveis, custos de capital, efeito econômico do eventual atraso na entrega da obra e o período pelo qual a usina seria apta a gerar receitas, dentre outros<sup>2576</sup>.

Em 11/06/1999, a Secretaria de Estado de Meio-Ambiente, Transporte e Regiões teria anunciado no Parlamento, juntamente com o Ministério da Agricultura, Pesca e Alimentos, que receberia novos comentários sobre a viabilidade econômica do projeto da usina MOX, sendo aberta, como afirmou o contramemorial, uma terceira rodada de consulta popular, que teria durado seis semanas, em julho e agosto de 1999<sup>2577</sup>.

Esse processo, então, teria sido interrompido, com o incidente da falsificação de dados, que teria sido descoberto pela BNFL, em setembro de 1999. Isso teria motivado uma revisão da avaliação econômica da usina pela BNFL e o Departamento de Comércio e Indústria, após rever o trabalho da BNFL, que a questão da viabilidade econômica poderia ser verificada. Dessa forma, teria sido aberta uma quarta rodada da consulta pública. Logo em seguida da mesma, teria sido encomendado outro relatório, o ADL, em abril de 2001, que serviria para verificar a viabilidade econômica da própria BNFL. Haveria uma cláusula de confidencialidade no contrato com a ADL, a qual estipularia que a ADL observaria quais informações seriam comercialmente sensíveis. A ADL teria a obrigação de expor à BNFL as suas opiniões acerca da matéria que não poderia ser divulgada, mas caberia à BNFL e ao

---

<sup>2575</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.14. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2576</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.14/15. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2577</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.15. Acesso em 15/01/2016.

Departamento de Meio-Ambiente, Transporte e Regiões decidirem sobre o tema. Destacou o contra-memorial que o Departamento teria aconselhado a ADL a expor a maior quantidade possível de informação para o público<sup>2578</sup>.

A ADL teria, então, produzido duas versões do seu relatório: uma completa e outra, com o que entenderia ser a matéria publicável. Porém, a BNFL teria discordado da extensão das informações, que deveriam ser expostas. Coube, em razão disso, ao nível ministerial decidir quais informações estariam abrangidas pela confidencialidade comercial. Afirmou o contra-memorial que o nível ministerial teria prosseguido com a sua política de abrir para o público o máximo possível de informações. Logo, o memorial irlandês estaria equivocado, ao afirmar que, ao haver vetado a divulgação das ditas informações, do relatório ADL, o Reino Unido estaria defendendo os seus próprios interesses financeiros, porque a decisão de excluir ou não excluir informação da versão de domínio público dos mencionados relatórios teria sido tomada com base em consultoria independente<sup>2579</sup>.

A conclusão do relatório ADL teria sido a de que a viabilidade econômica existia, com relação à BNFL. Teria sido aberta, então, uma quinta rodada de consultas ao público, em 24/08/2001. Encerrando todo o processo, em 03/10/2001, teria sido publicada a decisão sobre a viabilidade econômica da usina MOX<sup>2580</sup>.

No que toca à informação omitida, a Irlanda teria afirmado no memorial que ela teria catorze categorias, mas que, o Reino Unido não haveria mencionado a existência de confidencialidade comercial em dez dessas categorias, em carta datada de 13/09/2001, na qual, teria explicado as razões pelas quais não havia deferido a abertura das informações<sup>2581</sup>.

Conforme esclareceu o contra-memorial, na realidade, a carta em questão teria se referido a cinco categorias de informações, nas quais, haveria confidencialidade comercial, porque estaria respondendo a uma carta enviada pelo governo irlandês, na qual, seriam enfocadas, especificamente, essas cinco categorias de informações. Esse fato não autorizaria a crença de que as demais categorias, que não teriam sido publicadas, não contivessem matéria afeita à vedação com base em confidencialidade comercial, nos termos do artigo 9(3)(d), da Convenção OSPAR<sup>2582</sup>.

Afirmou o Reino Unido que, para os propósitos da arbitragem em estudo, teria contratado os serviços de um especialista independente em indústria nuclear, o Dr. Geoff

---

<sup>2578</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.15. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2579</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.15/16. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2580</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.16. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2581</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.16. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2582</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.16/17. Acesso em 15/01/2016.



Varley, o qual teria revisado as versões públicas dos relatórios PA e ADL, para saber quais das informações teriam sido glosadas corretamente dos mesmos, com fundamento em confidencialidade comercial. Para esse fim, o Dr. Varley teria dividido as informações em oito categorias genéricas, que incluiriam: volumes de vendas MOX, incluindo volumes de negócios seguros e previstos; preços de venda MOX, incluindo preços de venda para clientes particulares e para o mercado, bem como, as variáveis que afetam tal preço e as sensitividades de preço; capacidade de produção MOX e possibilidade de produção, levando em conta fatores como expectativa de aumento de produção, nível esperado médio de operação e riscos à produção; custos de produção da usina MOX, incluindo estimativas de custo fixo e variável, pontos de inflexão da curva de custo em várias categorias, sensibilidade do custo de produção, em vários parâmetros ou cenários; detalhes contratuais; detalhes de declarações dadas em confiança, por funcionários e outros particulares; resultados de modelos econômicos, incluindo sensibilidades a diversos mercados e fatores operacionais; e informações que pudessem revelar a percepção da BNFL sobre mercados finais e diretrizes de mercado da usina MOX, a estratégia da BNFL acerca do mercado de fabricação do combustível MOX e, de forma mais ampla, sobre a estratégia de mercado da BNFL sobre o gerenciamento do mercado de combustível a base de rejeitos<sup>2583</sup>.

Alertou o contra-memorial que o tribunal arbitral devia estar atento a algumas considerações especiais sobre o pleito irlandês, especificamente, no que toca à pretensão de revelar a quantidades de fretes anuais do combustível MOX, porque é um ponto que os irlandeses parecem ter em grande importância. Apesar de manter o seu ponto de vista de que tal informação é estritamente confidencial, por razões óbvias de segurança, o Reino Unido alega já ter repetidamente se oferecido para fornecê-la, em bases confidenciais. Até o momento em que o contra-memorial foi entregue, o governo irlandês não teria se pronunciado se respeitaria, ou não, tal condição de confidencialidade.

Em seguida à exposição sobre os fatos, o contra-memorial tratou da natureza da obrigação de informar, segundo o artigo 9º da Convenção OSPAR. Afirmou o Reino Unido que a Convenção OSPAR seria uma convenção internacional assinada, dentre outros, pela Irlanda, pelo Reino Unido e pela Comunidade Europeia. Logo, deveria ser interpretada, segundo as regras costumeiras positivadas nos artigos 31 até 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. O que eles requereriam, em primeiro lugar, seria que os tratados e convenções internacionais fossem interpretados com boa-fé, com o sentido comum

---

<sup>2583</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.17. Acesso em 15/01/2016.

dado aos termos pela convenção, no seu contexto, bem como, que fossem interpretados à luz do objeto e dos propósitos da convenção em exame<sup>2584</sup>.

Partindo dessas premissas, agregou o contra-memorial que o artigo 9 (1) da Convenção OSPAR estabeleceria que os Estados-parte deveriam assegurar que as suas autoridades competentes poderiam ser solicitadas a tornar disponíveis as informações descritas no artigo 9 (2) do mesmo diploma<sup>2585</sup>.

Segundo o entendimento do Reino Unido, isso não importaria aos Estados-parte a obrigação, que seria dirigida diretamente a pessoas físicas ou naturais, de revelar informações, em resposta a um requerimento. Nem obrigaria, segundo tal entendimento, um Estado-parte a revelar informações, mediante um requerimento de outro Estado-parte. Pelo contrário, importaria ao Estado-parte a obrigação de assegurar que as suas autoridades competentes pudessem ser solicitadas a torná-las disponíveis. Cada Estado-parte, então, teria a obrigação de providenciar os meios, que julgasse cabíveis, para cada caso, seja pela via legislativa ou administrativa, por exemplo<sup>2586</sup>.

Se os Estados-parte tivessem tido a intenção de criar uma obrigação direta, para o fornecimento de uma informação em particular, poderiam e deveriam, segundo o entendimento do Reino Unido, ter redigido o artigo em termos mais diretos. Logo, a única forma de descumprir o disposto no artigo 9(2) da Convenção OSPAR seria não haver providenciado um mecanismo regulatório interno, para lidar com a revelação de informações. Alegou o Reino Unido que a Irlanda não alegou ter ocorrido este tipo de violação. Nem se teria alegado que o Reino Unido teria falhado, ao exercer o seu direito, nos termos do artigo 9(3), por conter a sua legislação doméstica a exceção, para o fornecimento de informações, dentre outros motivos, por confidencialidade comercial. O memorial irlandês sequer se refere ao sentido ordinários dos termos contidos no artigo 9(1) e 9(3), porque o seu argumento, simplesmente assumiria, conforme exposto no contramemorial, que o artigo nono da Convenção OSPAR criaria um direito de obter tais informações diretamente<sup>2587</sup>.

Seria um entendimento, consoante o ponto de vista do Reino Unido, que contrariaria o significado ordinário do artigo nono. Afirmou, portanto, que não haveria, no artigo nono, base para a ação, que estaria fundada em uma alegada violação de uma obrigação direta de um Estado-parte, em fornecer informação<sup>2588</sup>.

---

<sup>2584</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.19. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2585</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.19. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2586</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.19. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2587</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.19. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2588</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.19/20. Acesso em 15/01/2016.

Segundo o contra-memorial, o texto em francês do mesmo artigo confirmaria tal interpretação. Segundo constaria do artigo 9(1), haveria a expressão “*font en sorte que leurs autorités competentes soient tenues*”.<sup>2589</sup>

Da mesma forma, o artigo 9(3) não seria redigido em termos de um direito cru de recusar a abertura das informações. Ao invés, afirmaria o direito dos Estados-parte, de acordo com os seus sistemas jurídicos nacionais e normas internacionais aplicáveis, de recusar um requerimento, no caso de informações solicitadas abrangerem categorias específicas de informação. O texto em francês teria o mesmo sentido<sup>2590</sup>.

A redação tornaria clara a interpretação de que a obrigação imposta, no artigo 9(1), aos Estados-parte, seria a de manter ou estabelecer um sistema doméstico apropriado, para proporcionar que as autoridades competentes pudessem receber um requerimento, para tornar determinados tipos de informação disponíveis. Qualquer recusa a tornar essa informação disponível, em um caso particular, teria de ser regida pelo direito interno e normas internacionais aplicáveis. Seria exatamente por isso, que o artigo 9(3) falaria do direito dos Estados-parte de recusar a abertura de tais informações, em circunstâncias especiais. A recusa em revelar informação, em um caso particular, com base em direito interno, não seria matéria regida pela Convenção OSPAR, por conseguinte<sup>2591</sup>.

O Reino Unido afirmou que a sua interpretação do artigo nono da Convenção OSPAR estaria fundamentada pelo seu contexto e pelo objeto e fins da dita convenção, porque ela estaria primordialmente relacionada com a adoção, pelos Estados-parte, de programas e medidas para eliminar a poluição e proteger a vida marinha. Isso decorreria, claramente, do artigo 22, bem como, do artigo 2(1), bem como, dos artigos seguintes e seus anexos. O artigo nono se encaixaria nesse esquema.<sup>2592</sup>

Afirmou o contra-memorial que os trabalhos preparatórios da Convenção OSPAR comprovariam o alegado, por terem sido extraídas, as expressões utilizadas no artigo 9(1) e seguintes, dos artigos 3(1)(2), da Diretiva do Conselho da Comunidade Europeia, de número 90/313/CEE, de 1990. Aliás, conforme afirmou o Reino Unido, o texto teria sido alterado, para que houvesse a conformidade com a mencionada diretiva<sup>2593</sup>.

Lembrou o Reino Unido que o artigo 3(1) da referida diretiva determinaria que os Estados-membros deveriam assegurar que as autoridades públicas pudessem ser requeridas a

<sup>2589</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.20 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2590</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.20 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2591</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.20 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2592</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.20/21 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2593</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.21 . Acesso em 15/01/2016.

tornar disponíveis determinadas informações. O artigo 3(2), por sua vez, ressaltaria que os Estados-membros poderiam recusar o fornecimento de informações requerido, quando afetasse certas questões, como seria o caso da confidencialidade comercial<sup>2594</sup>.

Por seu turno, aduziu-se que a diretiva seria definida, pelo artigo 249 do Tratado das Comunidades Europeias, como sendo uma medida que seria vinculante, quanto ao resultado a ser alcançado, para cada Estado-membro, para a qual seria dirigida, mas que deveria deixar para as autoridades nacionais a escolha da forma e dos métodos. Ao utilizar-se de uma diretiva, ao invés de uma regulação, para incorporar a referida obrigação, bem como, ao utilizar-se da redação do artigo 3(1), para expressar tal obrigação, a União Europeia teria deixado claro que a obrigação assumida por cada Estado-membro seria a de tomar as tais medidas legislativas ou administrativas, que pudessem ser as apropriadas para atingir aquele objetivo<sup>2595</sup>.

Concluiu o contra-memorial que, ao adotar, alegadamente, a mesma linguagem da diretiva, a Convenção OSPAR teria evidenciado a intenção de seguir a mesma abordagem<sup>2596</sup>.

Reafirmou, em seguida, o Reino Unido, que teria tomado todas as medidas legislativas ou administrativas que lhe competiriam, para dar efeito ao artigo 9º da Convenção OSPAR, de acordo com a Diretiva do Conselho 90/313/CEE. Teriam sido elaboradas e colocadas em vigor as Regulações sobre Informações Ambientais de 1992, que proporcionariam a abertura de um amplo espectro de informações, incluindo as do artigo 9º da Convenção OSPAR e não se limitando a elas<sup>2597</sup>.

Uma pessoa física ou jurídica, que tivesse uma informação recusada, segundo as Regulações de 1992, possuiria vários remédios para obtê-la, no direito interno. Além disso, estaria aberta a qualquer pessoa, inclusive aos Estados-membros, a possibilidade de reclamação à Comissão Europeia sobre uma alegada violação de qualquer Estado-membro da obrigação de implantar corretamente a diretiva<sup>2598</sup>.

De fato, conforme recordou o contra-memorial, seria uma obrigação da Comissão Europeia, nos termos do artigo 211 do Tratado da Comunidade Europeia, assegurar que as provisões do tratado e as medidas adotadas pelas instituições fossem implementadas. Caso a Comunidade Europeia tivesse a visão de que o Reino Unido tivesse falhado, por não implementar corretamente a diretiva, poderia ter tomado medidas administrativas, ou caso

---

<sup>2594</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.21. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2595</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.21. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2596</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.21. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2597</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p. 21/22. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2598</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.22. Acesso em 15/01/2016.

isso não fosse suficiente, poderia ter iniciado procedimentos contra o Reino Unido na Corte Europeia de Justiça, cujo dever seria o de assegurar que a interpretação e a aplicação do tratado fossem observadas, nos termos do artigo 220<sup>2599</sup>.

Por se tratar a Irlanda de um Estado-membro, haveria ainda o remédio previsto no artigo 227 do Tratado das Comunidades Europeias, o qual preveria a possibilidade desse Estado trazer a questão perante a Corte Europeia de Justiça, desde que, indo primeiro à Comissão Europeia<sup>2600</sup>.

Mais ainda, acresceu o Reino Unido que a competência da Corte Europeia seria exclusiva, nos termos do artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias, no que se refere à interpretação e aplicação do mesmo tratado. O mesmo valeria para eventual descumprimento de determinações de diretivas, feitas em função do mesmo tratado. Porém, afirmou o contra-memorial, a Irlanda não teria feito uso de qualquer desses remédios<sup>2601</sup>.

A conclusão do contra-memorial foi a de que a Irlanda não teria interesse de agir, nem seria a sua ação admissível, já que o pleito deveria ter sido encaminhado para um foro diverso, que seria o das Comunidades Europeias<sup>2602</sup>.

Também alegou o Reino Unido que as informações pretendidas pela Irlanda não seriam as informações a que se referiria o artigo 9(2) da Convenção OSPAR. Alegou o contra-memorial que a Irlanda não teria dito ser a informação pretendida, referente ao “estado da área marítima” ou sobre “atividades ou medidas introduzidas de acordo com a Convenção”, mas, somente, dizendo respeito à segunda figura do artigo 9(2), que seria sobre “atividades que afetem ou possam afetar a área marítima”.<sup>2603</sup>

Como a Irlanda teria raciocinado que a usina MOX afetaria a área marítima, toda a informação relativa à produção do combustível MOX estaria inscrita nos fins do artigo 9(2) da Convenção OSPAR. Como a totalidade dos relatórios PA e ADL diriam respeito às perspectivas da usina MOX, logo, segundo o entendimento irlandês, a informação teria de ser vista como um todo<sup>2604</sup>.

Porém, segundo o entendimento do Reino Unido, a questão não seria de se saber se a usina MOX afetaria a área marítima ou poderia vir a afetar, mas, se a informação requisitada seria informação sobre atividades que afetassem adversamente ou pudessem vir a afetar a área marítima. Afirma-se que o artigo 9(2) seria muito específico, que não permitiria que o

<sup>2599</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.22 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2600</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.22 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2601</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.22/23 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2602</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.23 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2603</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.24 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2604</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.24. Acesso em 15/01/2016.

requisitante “jogasse o verde, para colher maduro”, para obter toda e qualquer informação sobre as operações, somente porque alguns aspectos delas pudessem ter algum reflexo na área marítima<sup>2605</sup>.

Qualquer outra interpretação seria estranha ao objeto e aos fins da convenção e abriria as portas para o uso abusivo, como afirmou o Reino Unido. A Convenção OSPAR não seria, segundo esse ponto de vista, uma convenção sobre liberdade de informação, de aplicação geral. Estaria relacionada com a proteção do ambiente marinho do Nordeste do Atlântico. Logo, no mínimo, a informação teria de estar muito próxima do estado do ambiente marinho ou de atividades que o afetassem ou que poderiam vir a afetá-lo. O artigo não poderia ser invocado para obter informações sobre detalhes de operações que pudessem, eventualmente, tangenciar o aspecto do estado do ambiente marinho<sup>2606</sup>.

O contexto, no qual se acharia o artigo 9(2) e o objeto e propósitos da Convenção OSPAR dariam suporte a essa interpretação do contra-memorial. O foco da convenção seria o da prevenção e eliminação da poluição marinha no Nordeste do Atlântico e de proteção dessa área marítima contra os efeitos adversos das atividades humanas. O sentido do artigo 9(2) seria extraído, segundo o arrazoado do Reino Unido, desse foco. O artigo 9(2) também se prestaria à obtenção de alguma informação em particular, não de uma informação genérica, como um todo, como pretenderia o memorial irlandês<sup>2607</sup>.

O material relativo ao caso em questão compreenderia informações sobre negócios seguros e projetados da usina MOX; preços de venda; capacidade de produção; custos de produção; detalhes contratuais; identidade de certos clientes; resultados de modelos econômicos; e informações que poderiam revelar a visão da BNFL sobre mercados finais. A alegação da Irlanda seria a de que esse conjunto de informações diria respeito ao impacto negativo da atividade no ambiente marinho, uma vez que: os relatórios PA e ADL trariam perspectivas sobre a usina MOX; porque haveria rejeitos radioativos oriundos da usina MOX, pouco importando a quantidade; porque a usina MOX se relacionaria com a usina THORP, que também seria fonte de rejeitos de radioativos; porque poderiam ocorrer vazamentos não intencionais da usina MOX e do transporte de e para ela<sup>2608</sup>.

Ora, conforme pretendeu demonstrar o contra-memorial, esse tipo de informação não teria a ver com aquela requisitada por pessoa física ou jurídica, sobre o impacto ambiental, de uma dada atividade. Toda a informação desse tipo já estaria, conforme sustentou o Reino

---

<sup>2605</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.24 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2606</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.24/25 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2607</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.25 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2608</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.25 . Acesso em 15/01/2016.

Unido, em domínio público, por anos. A Irlanda já saberia qual seria o tipo de descarga líquida ou gasosa oriunda da usina MOX; qual seria o seu impacto radiológico – e não se teria questionado a quantificação já feita pelo Reino Unido, no tocante às doses de radiação dela decorrentes; seriam, portanto, informações de natureza estritamente comercial.<sup>2609</sup>

Como decorreria dessa interpretação feita pelo Reino Unido, as palavras utilizadas no artigo 9(2) somente permitiriam concluir que, apenas as informações diretamente relacionadas com o estado da área marinha ou com as atividades que afetassem ou pudessem vir a afetá-la é que estariam cobertas pelo dispositivo. Em uma primeira impressão, as informações pretendidas pela Irlanda falhariam nesse teste. A abertura de informação pretendida seria inconsistente com o objeto e o sentido geral da Convenção OSPAR e os direitos e obrigações criados pelas suas disposições substantivas. Em outras palavras, a Irlanda estaria querendo saber algo diverso do estado da área marítima ou de atividades que afetassem ou pudessem vir a afetá-la, segundo o arrazoado do Reino Unido<sup>2610</sup>.

Considerando os tipos de informação, individualmente, nenhum deles se relacionaria, diretamente, com o estado da área marinha ou com atividades que a afetassem ou pudessem vir a afetá-la. Logo, o caso deveria ser interpretado, segundo a exposição do contra-memorial, como de informações meramente econômicas, como teria ocorrido no Caso "*Mecklemburg versus Kreis Pinneberg – Der Landrat*", onde a Corte Europeia de Justiça, teria decidido sobre a liberdade de acesso à informação sobre o meio-ambiente, com base na Diretiva 90/313, bem como, sobre a definição de “informação ambiental”, conforme o artigo 2(3) da Convenção de Aarhus<sup>2611</sup>.

Muito embora o Caso Mecklemburg não dissesse respeito, exatamente, ao mesmo assunto que o contra-memorial teria abordado, conforme se confessou, ele serviria para fundamentar a interpretação do artigo 9(2) da Convenção OSPAR, nos mesmos moldes do pretendido pelo Reino Unido. No Caso Mecklemburg, a Corte Europeia de Justiça teria decidido que uma declaração dos pontos de vista de uma agência de proteção ambiental, sobre a aprovação dos planos de uma nova estrada, constituiria informação relacionada ao meio-ambiente. A fala do advogado-geral, nesse caso específico teria sido no sentido de que a relação que ligasse a informação à proteção do meio-ambiente seria o tema definidor. Para que a definição de “informação ambiental”, nesses termos, fosse satisfeita, segundo a sua manifestação, a informação teria de ser coletada ou produzida com a finalidade principal de

---

<sup>2609</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.26. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2610</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p. 26. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2611</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.26/27 . Acesso em 15/01/2016.

proteger o ambiente ou, no mínimo, teria de estar relacionada ao meio-ambiente. Por isso, o Advogado-Geral teria considerado que a declaração de pontos de vista de uma agência de proteção ambiental, manifestada em um procedimento de autorização de obras, seria informação ambiental, com o quê teria concordado a Corte Europeia de Justiça. A ligação entre a informação e o efeito ambiental seria suficientemente próxima, porque se trataria, em si próprio, de um ato que seria apto a afetar negativamente ou de proteger o estado de um dos setores ambientais cuidados pela Diretiva<sup>2612</sup>.

Sustentou-se, ainda, que a Diretiva 90/313 abrigaria uma grande categoria de informações, sendo mais abrangente que o rol do artigo 9(2), da Convenção OSPAR. O artigo 2(a) da Diretiva diria respeito a “informações relacionadas ao ambiente”, enquanto o artigo 9(2), da Convenção OSPAR, falaria em “informação sobre o estado da área marítima, sobre atividades ou medidas que o afetem ou possam vir a afetá-lo”.<sup>2613</sup>

Ora, de acordo com o Reino Unido, informações sobre a perspectiva econômica de um empreendimento não constituiriam, *ipso facto*, informações sobre o estado da área marítima ou sobre atividades que afetassem ou pudessem vir a afetá-la. Deveria haver uma conexão – uma ligação suficientemente próxima – entre a informação requisitada e atividades ou medidas que pudessem afetar o estado da área marítima ou a vir a afetá-lo<sup>2614</sup>.

No que diz respeito à alegação da Irlanda, fundada na Convenção de Aarhus, de que a definição de informação ambiental conteria uma referência expressa ao custo-benefício e a outras análises econômicas, no artigo 2(3), disse o contra-memorial que não procederia, porque a linguagem das duas convenções seria totalmente diferente - sendo a fonte, a partir da qual, o caso irlandês teria sido apresentado, a Convenção OSPAR -, de modo que a Convenção de Aarhus não seria aplicável. Segundo o ponto de vista do Reino Unido, a Convenção de Aarhus não seria e não poderia ser fonte de “regras relevantes de Direito Internacional, aplicáveis às relações entre as partes”<sup>2615</sup>.

Pelo contrário, refletiria um desenvolvimento progressivo do Direito, no que toca à abertura de informações ambientais, de modo que, haveria um considerável caminho entre a linguagem da Convenção OSPAR e a Convenção de Aarhus, bem como, nem a Irlanda, nem o Reino Unido, até o momento, seriam Estados-parte da mesma. Além disso, agregou o Reino Unido, haveria ainda um debate, no nível institucional e intergovernamental da União

---

<sup>2612</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.27. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2613</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.28. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2614</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.28. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2615</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.28. Acesso em 15/01/2016.



Europeia, acerca de certos aspectos da definição de “informação ambiental” e sobre a exceção de confidencialidade comercial<sup>2616</sup>.

Nessas circunstâncias, a ratificação pelo Reino Unido e por outros, dependeria da emergência de um consenso europeu sobre o sentido da aplicação dos termos da Convenção de Aarhus. Concluiu o Reino Unido que o caso deveria ser encaminhado, no Direito como ele seria realmente e como fosse aplicado entre as partes<sup>2617</sup>.

Uma vez que aquelas informações, extirpadas das versões públicas dos relatórios PA e ADL, teriam escapado ao sentido do artigo 9(2), da Convenção OSPAR, o contramemorial passou ao que chamou de mérito da causa<sup>2618</sup>.

Ora, como tais informações não seriam informações no sentido do artigo 9(2), o tribunal arbitral não teria jurisdição, porque elas não se refeririam à Convenção OSPAR. Isso se daria porque o artigo 32(1), da mesma convenção, se referiria a “qualquer disputa entre os Estados-parte, relacionada à interpretação ou aplicação da Convenção, que não possa ser, por eles, resolvida de outra forma, seja através de tratativas diretas ou de conciliação, perante a Comissão”. Ou seja, o tribunal arbitral teria jurisdição, caso a disputa dissesse respeito à interpretação ou à aplicação da convenção<sup>2619</sup>.

Afirmou-se que a Corte Internacional de Justiça teria recentemente decidido que uma disputa entre dois Estados não se converteria em uma disputa sobre interpretação ou aplicação de um dado tratado, meramente, porque um Estado teria afirmado que o assunto estaria inserido nas finalidades do dito tratado e o outro teria dito que não. Sequer uma demonstração de plausibilidade da interpretação dada pelo requerente, seria suficiente para que existisse a jurisdição do tribunal. Seria preciso, de acordo com a tese do Reino Unido, para se estabelecer a jurisdição de uma corte, por força de uma cláusula compromissória, que se demonstrasse que a afirmada violação realmente teria se referido ao tratado<sup>2620</sup>.

Relembrou o Reino Unido que, no Caso das Plataformas Petrolíferas, que teria envolvido o Irã e os Estados Unidos, a Corte Internacional de Justiça teria encarado um questionamento jurisdicional sobre uma cláusula compromissória, redigida em termos similares aos do artigo 32(1), da Convenção OSPAR. Os Estados Unidos teriam alegado que nenhum ato mencionado pelo Irã recairia nos termos do Tratado de Amizade, de 1955, de modo que a disputa não incidiria nos termos da cláusula compromissória. A Corte

---

<sup>2616</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.28/29. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2617</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.29. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2618</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.29. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2619</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.29. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2620</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.29/30. Acesso em 15/01/2016.

Internacional Justiça teria rejeitado o argumento do Irã, de que haveria uma inevitável disputa, nos termos da cláusula compromissória, porque as partes teriam alegações contrárias sobre o sentido ou finalidade do tratado e/ou sobre o sentido de seus dispositivos<sup>2621</sup>.

A Corte teria se expressado nos seguintes termos: “as partes discutem se a disputa entre os dois Estados, no que diz respeito aos ilícitos das ações, que teriam sido levado a cabo pelos Estados Unidos, contra as plataformas de petróleo do Irã, seria uma disputa sobre a interpretação ou a aplicação do Tratado de 1955. Para responder a tal questão, a Corte não pode limitar-se a nada, sobre o quê, uma das partes diga que a disputa existe e a outra negue. É preciso verificar se as violações do Tratado de 1955, alegadas pelo Irã, caem ou não nas disposições do tratado, e se, como consequência, a disputa seja uma sobre a qual a Corte tenha competência *ratione materiae*, para atuar...”<sup>2622</sup>

Assim, de acordo com o Reino Unido, segundo a Corte Internacional de Justiça, a única forma de determinar se a cláusula compromissória, contendo o consentimento das partes para a submissão à jurisdição, seria aplicável, seria interpretar as disposições substantivas do tratado, nas quais, o reclamante se basearia e ver se os fatos alegados poderiam levar a uma violação do tratado. Em tendo feito uma detalhada análise dos artigos I, IV e X, do Tratado de 1955, teria decidido a Corte Internacional de Justiça que não teria jurisdição, porque os atos não cobririam os atos praticados pelos Estados Unidos<sup>2623</sup>.

Segundo o contra-memorial, essa abordagem teria sido confirmada em outro precedente da Corte Internacional de Justiça, no Caso da Legalidade do Uso da Força, no qual, ela teria se referido ao Caso das Plataformas Petrolíferas, tendo delineado a correta abordagem sobre a fase das medidas provisionais, quando o reclamante desejaria estabelecer, de início, uma disputa jurisdicional. Para esse fim limitado, a Corte teria entendido que seria suficiente demonstrar que as violações de um dado tratado seriam aptas a encaixar-se dentre as disposições de um dado instrumento. Logo, para decidir se o tribunal arbitral teria ou não a jurisdição, não bastaria a afirmação da Irlanda, de que a informação requisitada recairia no âmbito do artigo 9(2), da Convenção OSPAR. Como a informação não se enquadraria nos termos do referido artigo, o tribunal arbitral não teria jurisdição<sup>2624</sup>.

Feita essa análise, o contramemorial ingressou na terceira fase de argumentação, apenas *ad argumentandum tantum*, fixando a interpretação e a aplicação do artigo 9(3), da Convenção OSPAR, que trataria das exceções, ou seja, alegou que teria atuado no exercício

<sup>2621</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.30 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2622</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.30 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2623</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.30 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2624</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.30/31 . Acesso em 15/01/2016.

de seu legítimo direito, com base no referido dispositivo, para negar o fornecimento das ditas informações, solicitadas pela Irlanda, porque não existiria a obrigação de desvelar informação protegida, em razão da confidencialidade comercial<sup>2625</sup>.

Aduziu que o artigo 9(3) preservaria o direito dos Estados-parte, de acordo com os seus sistemas jurídicos nacionais e as regulações internacionais aplicáveis, de recusar um requerimento de informações, quando isso pudesse afetar, dentre outros aspectos confidencialidade comercial ou industrial, incluindo propriedade intelectual. Decorreria da linguagem expressa desse artigo, que o papel e a função do tribunal arbitral, no presente caso, não poderia ser a de decidir a questão da confidencialidade comercial, mas a de verificar se o Reino Unido teria agido corretamente, dentro do enquadramento fornecido pela Convenção OSPAR, negando a informação, com base em confidencialidade comercial. Não seria a função do tribunal, verificar se ele exerceria essa discricionariedade – de recusar esse fornecimento, com base no artigo 9(3) -, de forma diversa daquela que o Reino Unido teria feito<sup>2626</sup>.

Por isso, o contra-memorial enumerou três aspectos, para que o tribunal arbitral pudesse dirimir a questão: se o Reino Unido teria atuado de acordo com o seu direito interno e qualquer regulação internacional aplicável, ao ter recusado a solicitação da Irlanda, o que deveria requerer uma análise sobre a natureza do direito interno relevante, o Direito Inglês, e de como ele deveria ser aplicado ao caso concreto; se algum Norte sobre o sentido do termo “confidencialidade comercial” poderia ser extraído de instrumentos internacionais ou da prática dos Estados; se, como alegou a Irlanda, a confidencialidade comercial, que teria sido aceita como razão para recusa do fornecimento das informações, de acordo com o artigo 9(3), da Convenção OSPAR, somente poderia ser utilizada, caso superasse em importância o direito público de acesso à informação<sup>2627</sup>.

No que toca ao Direito Inglês – o contramemorial do Reino Unido não se referiu ao “Direito do Reino Unido” -, alegou-se que a Irlanda teria fulcrado o seu requerimento nas Regulações de 1992, que teriam sido feitas com base em Ato das Comunidades Europeias, de 1972, que teriam dado efeitos, no Reino Unido, à Diretiva 90/313/CEE. Isso decorreria da alegação de que as informações solicitadas seriam informações ambientais, o que faria o caso recair nas tais diretivas<sup>2628</sup>.

---

<sup>2625</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.32 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2626</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.32 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2627</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.32/33 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2628</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.33 . Acesso em 15/01/2016.

O que sustentou o Reino Unido é que as ditas informações, não apenas não seriam informações ambientais, nos termos do artigo 9(2), da Convenção OSPAR, como não constituiriam informações regidas pelas Regulações de 1992. Mas, mesmo que o fossem, segundo o arrazoado do Reino Unido, as Regulações fundamentariam as alterações feitas nos relatórios levados a público, da mesma forma que os princípios da “*common law*” aplicáveis<sup>2629</sup>.

No que tange à exceção de confidencialidade comercial, nas Regulações de 1992, a 3(1)(a)(b) determinaria que uma pessoa que detivesse uma informação relativa ao meio-ambiente, tendo sido requerida a torná-la disponível, mediante requerimento, poderia recusar-se a fornecê-la, caso devesse ter tratamento confidencial. A Regulação 2(e) estabeleceria, então, que a informação que deveria ter tratamento confidencial seria aquela que pudesse afetar a confidencialidade comercial ou industrial, inclusive propriedade industrial. Mais ainda, prosseguiu o contra-memorial, mencionando a Regulação 3(a), deveria ser tratada como passível de confidencialidade aquela informação, cuja revelação importaria na violação de qualquer acordo<sup>2630</sup>.

O DEFRA teria publicado um guia, para interpretação das Regulações de 1992, o que teria sido citado no memorial irlandês, porém, afirmou o contramemorial, a Irlanda não teria terminado de mencionar o trecho trazido para o tribunal arbitral, que assim diria: “as Regulações listam as condições, pelas quais, um ente pode recusar acesso”. Referindo-se à confidencialidade comercial, como uma das razões cogentes e substantivas, para se reter uma informação, o guia assim se expressaria, conforme o contramemorial: “a informação afetando assuntos, aos quais, qualquer confidencialidade comercial ou industrial se relacione ou qualquer questão de propriedade intelectual, não pode ser fornecida, em existindo restrições à liberação em estatutos”. Ainda que não sujeita a restrições em estatutos, ainda assim, poderia ser retida, segundo a transcrição do Reino Unido do guia da DEFRA, no caso de “circunstâncias que possam prejudicar interesses comerciais de um particular ou de um negócio”<sup>2631</sup>.

Prosseguindo com a transcrição do guia DEFRA, o contra-memorial adicionou que isso poderia incluir detalhes de contratos, propriedade intelectual, segredos de negócio, processos de manufatura secretos e processos relevantes<sup>2632</sup>.

---

<sup>2629</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.33 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2630</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.33/34 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2631</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.34 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2632</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.35 . Acesso em 15/01/2016.

Com relação aos precedentes de Direito Inglês, que teriam sido mencionados pela Irlanda, quanto ao primeiro deles, o Caso "*R versus British Coal Corporation*", ele não se referiria à confidencialidade comercial, segundo a argumentação do Reino Unido, sendo por isso inaplicável ao caso concreto. O segundo caso seria bastante mais relevante, "*R versus Secretaria de Estado de Desenvolvimento, Transporte e Regiões*", o qual, consideraria a aplicação das Regulações 4(2)(e) e 4(3). Esse caso se referiria à abertura de um acordo comercial, entre o dito Secretário de Estado e a concessionária que iria projetar, construir, financiar e operar um trecho de 44 quilômetros de rodovia nos arredores de Birmingham. Esse acordo conteria informação ambiental em especial, na qual, se requereria à dita concessionária, que realizasse obras, para mitigar os efeitos ambientais, da construção e do uso da rodovia<sup>2633</sup>.

A abordagem do Juiz Sullivan teria partido da premissa de que teria de decidir, como matéria de fato, se a informação seria ambiental ou confidencial. Por outro lado, também se a informação deveria ou não ser desvelada, isso seria assunto da discricção do Secretario de Estado. Especificamente, quanto ao tema da abertura das informações, a corte teria entendido que a abordagem “cobertor”, adotada por ambas as partes, seria inapropriada. O contrato comercial não poderia ser considerado confidencial como um todo, simplesmente em razão de sua natureza, mas, não poderia desvelado, naquelas partes em que se tratava, claramente, de confidencialidade comercial<sup>2634</sup>.

A corte inglesa teria fundamentado a sua decisão, afirmando que, para o senso comum, se poderia esperar que um documento comercial e, em particular, um contrato, contivesse informação que fosse comercialmente confidencial. Teria afirmado a corte que, realizando-se uma ponderação, como feita no artigo 3º da Diretiva, se poderia ver porque informações, que dissessem respeito a preços, em um acordo comercial, por exemplo, deveriam ser excepcionadas da abertura. Seria muito mais difícil de ver como uma exclusão genérica, com relação a um acordo comercial como um todo, poderia ser justificada, como sendo um meio para atingir o objetivo da liberdade de acesso à informação ambiental, ao mesmo tempo em que se protegeria a confidencialidade comercial e industrial<sup>2635</sup>.

O que disse o contra-memorial do Reino Unido é que a Irlanda não teria transcrito essas passagens do julgamento, que não permitiriam uma requisição “cobertor” (genérica) de informação. Afirmou o contra-memorial que seria difícil encontrar um caso mais claro de

---

<sup>2633</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.35 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2634</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.35 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2635</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.36 . Acesso em 15/01/2016.

requerimento “cobertor” do que o presente caso, no qual, a Irlanda teria pretendido a abertura completa dos relatórios PA e ADL<sup>2636</sup>.

A abordagem seguida no Caso "*Northern Birmingham Relief Road*" sugeriria, de acordo com o pensamento do contra-memorial, que a correta abordagem para confidencialidade comercial, sob as Regulações de 1992, seria olhar a natureza da informação pretendida, com algum detalhe, para assegurar a proteção de tudo o que fosse confidencial comercial, como preços e custos, por exemplo<sup>2637</sup>.

Esta teria sido, como se alegou, precisamente, a abordagem seguida pelo Reino Unido, no presente caso, com as versões editadas dos relatórios PA e ADL para o domínio público, apenas com a exclusão das informações sobre as quais houvesse confidencialidade comercial<sup>2638</sup>.

A Irlanda também teria afirmado, em seu memorial, que o Caso "*Northern Birmingham Relief Road*" seria um exemplo da aplicação de um ato de ponderação entre o interesse público de preservação de segredos e o interesse público na sua revelação. A Corte teria entendido que haveria um poder discricionário do Secretário de Estado, quanto à negativa de abertura de informações, no que se referiria à Regulação 4(2)(e), mas não, no que se referiria à Regulação 4(3)<sup>2639</sup>.

O contra-memorial do Reino Unido também chamou a atenção do tribunal para a existência do Código de Prática de Acesso à Informação Governamental, segunda edição, de 1997, o qual, teria o propósito de fornecer um enquadramento legal para o acesso à informação governamental, baseado na presunção de que ela deveria ser revelada, exceto quando a abertura não se desse no interesse público, conforme a Parte II, a qual, por sua vez, enumeraria quinze categorias de informação, que seriam excetuadas<sup>2640</sup>.

A décima-terceira categoria, que teria sido mencionada na dita Parte II do Código, excluiria da presunção de abertura aquelas informações que dissessem respeito à confidencialidade comercial, segredos de negócio ou propriedade intelectual, cuja abertura sem garantias, poderia vir a trazer dano à posição competitiva de terceiras partes; e a décima-quarta categoria, por sua, excluiria informações fornecidas em segredo, por pessoa que, sem qualquer obrigação legal de fornecê-la, não teria consentido na sua abertura<sup>2641</sup>.

---

<sup>2636</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.36 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2637</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.36 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2638</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.36 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2639</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.37 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2640</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.37 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2641</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.37 . Acesso em 15/01/2016.

Sustentou o Reino Unido que a décima-terceira categoria de exceções à presunção de liberação teria sido o fundamento utilizado para a retenção das informações sobre os custos de operação e de manutenção das instalações da usina de reprocessamento nuclear de Dounreay, em 1995. A decisão do Departamento de Comércio e de Indústria, de recusar a abertura, teria sido questionada perante a Comissão Parlamentar de Administração, responsável pela supervisão da operação do referido Código, a qual teria rejeitado a arguição, no Caso A 1/95. O mesmo teria ocorrido com o requerimento de informações sobre a viabilidade econômica da usina THORP, com base nos mesmos fundamentos, com rejeição, pelo mesmo órgão, no Caso A 29/95<sup>2642</sup>.

Quanto à exceção de confidencialidade comercial, na “*common law*”, a rejeição da abordagem do “tudo ou nada” seria também evidente, em autoridades não relacionadas com as Regulações de 1992, como se afirmou ver no Caso “*London Regional Transport and London Underground Ltd. versus Prefeito de Londres e Transport for London*”, o qual teria sido citado no memorial irlandês<sup>2643</sup>.

No caso em questão, os reclamantes teriam encomendado um relatório de viabilidade econômica sobre a parceria público-privada no metrô de Londres, tendo a Prefeitura e o conselho *Transport for London* desejado tornar público esse estudo, elaborado pela Consultoria Deloitte e Touche, tendo sido impedidos. Teria sido decidido que ele seria tornado público, com a glosa das informações protegidas por confidencialidade comercial. O fator decisivo para a Corte seria se a abertura da versão integral do relatório deveria ser impedida, em circunstâncias nas quais, as partes teriam acordado pactos de confidencialidade. Tendo verificado o peso que deveria ser dado a esses acordos, conforme sustentou o contramemorial do Reino Unido, teria sido de grande importância para a Corte saber se os que queriam a abertura das informações desejavam saber apenas da análise da consultoria ou sobre os detalhes<sup>2644</sup>.

Nesse sentido, a Corte de Apelação teria decidido que o princípio norteador seria o de preservar a legítima confidencialidade comercial, ao mesmo tempo, permitindo ao público ser informado de séria crítica, de uma fonte responsável, do valor da avaliação monetária, que seria parte crucial da parceria público-privada do metrô de Londres<sup>2645</sup>.

O que sustentou o contra-memorial do Reino Unido é que a Irlanda teria se equivocado, ao ter afirmado que o ponto de vista da Corte de Apelação seria a irrelevância da

---

<sup>2642</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.37 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2643</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.38 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2644</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.38 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2645</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.39 . Acesso em 15/01/2016.

existência de acordo de confidencialidade, para a ponderação a ser feita. Ela apenas teria rejeitado que um peso maior deveria ser dado à informação dada em segredo, por força de acordo de confidencialidade, do que sem a existência desse acordo<sup>2646</sup>.

O que teria decidido a Corte de Apelação é que a informação editada seria toda eivada de confidencialidade comercial, segundo alegou o Reino Unido, não tendo entrado em detalhes, quanto ao tipo de informação, que poderia ser excepcionada, por se tratar de confidencialidade comercial, além da informação dada em segredo. Porém segundo afirmou o contra-memorial, a jurisprudência inglesa seria rica nessa identificação dos diferentes tipos de informação, que constituiriam confidencialidade comercial, o que incluiria informações sobre preços, desenvolvimento de novos produtos, detalhes de novos mercados, detalhes sobre clientes informações sobre empregados, segredos técnicos, aparatos industriais e fórmulas e processos industriais secretos<sup>2647</sup>.

Resumindo a sua apreciação sobre o Direito Inglês, o contramemorial destilou os princípios considerados relevantes: haveria um interesse público na preservação da confidencialidade comercial, que deveria ser ponderado com o interesse público na abertura da informação; essa ponderação seria um assunto para as autoridades executivas competentes; as cortes atuariam para preservar a legítima confidencialidade comercial; em casos relacionados às Regulações de 1992, o Direito Inglês permitiria e, em alguns casos, exigiria, a recusa da abertura das informações (casos de quebra do dever de confidencialidade, com o sem cláusula ou acordo; prejuízo a interesses comerciais e prejuízo à posição competitiva de uma terceira parte); um grande peso seria dado à proteção da informação dada sob a garantia de confidencialidade; a informação obtida pelo governo, no exercício da regulação, seria invariavelmente considerada como sendo de confidencialidade comercial; e uma forma aceita de proteger a confidencialidade comercial seria glosar das informações tornadas públicas, aquela parte que diria respeito à confidencialidade comercial<sup>2648</sup>.

Quanto às “regulações internacionais aplicáveis”, o contra-memorial do Reino Unido afirmou que o termo não seria definido na Convenção OSPAR. A Irlanda teria sustentado que o termo poderia ser associado ao Direito Internacional e à prática internacional. O que se afirmou no contramemorial é que tal interpretação seria forçada. Foi explicitado que, quanto ao artigo 9(3) da Convenção OSPAR, teriam sido contempladas regulações internacionais, que foram ou poderiam ser adotadas, no que toca a assuntos inscritos nos subparágrafos “a”

---

<sup>2646</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.39 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2647</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.39/40 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2648</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.40/41 . Acesso em 15/01/2016.



até “g”, que seriam vinculantes para os Estados-parte. Especificamente, quanto ao sub-parágrafo “d” não existiriam regulações. Afirmou-se, entretanto, ser aceitável que o tribunal observasse a Diretiva 90/313/CEE, que teria sido implementada pelas Regulações de 1992, contendo exceções com base na confidencialidade comercial<sup>2649</sup>.

Tal diretiva teria como objetivo assegurar a liberdade de acesso à informação sobre o meio-ambiente, de forma geral. Não diria respeito, especificamente, sobre informações a respeito do ambiente marinho. A mesma diretiva, no artigo 3(2) especificaria as situações de possível recusa às informações, mencionando aquela situação em que a revelação da informação afetaria a confidencialidade comercial e industrial, inclusive a propriedade intelectual. O assunto seria expresso da mesma forma, no artigo 9(3)(d), da Convenção OSPAR, da mesma forma que ocorreria com outros temas. Especialmente, haveria a previsão de que disposições de direito interno poderiam embasar a recusa no fornecimento de informações, quando fosse afetada a confidencialidade comercial e industrial. Não seria moldada, segundo a alegação do Reino Unido, como “efeitos adversos”, o que seria explicitado pelo Memorando Explicativo da Comissão Europeia, relativo à proposta de uma nova diretiva, sobre o acesso à informação ambiental, com vistas à implantação da Convenção de Aarhus<sup>2650</sup>.

O artigo 4(2) da diretiva proposta se referiria ao direito do Estado-membro de recusar a abertura de informações, caso viessem a ser negativamente afetados a confidencialidade comercial e outros objetos. O memorando explicativo acima referido deixaria claro que a Diretiva atual, a 90/313 preveria a recusa, bastando que a abertura das informações afetasse algum dos legítimos interesses contidos no artigo terceiro. A proposta de uma nova diretiva exigiria que tais interesses fossem negativamente afetados, conforme detalhou o contramemorial<sup>2651</sup>.

Logo, o termo “afeta negativamente” seria uma linguagem nova, extraída de uma convenção da qual, o Reino Unido, a Irlanda e a União Europeia sequer seriam partes, ainda, estando contida em um rascunho de uma proposta de nova diretiva. Por isso, reiterou o Reino Unido que a Regulação 4, das Regulações de 1992, seria perfeitamente consistente com o corrente Direito Europeu e a prática europeia. A Diretiva 90/313 não conteria escalas e

---

<sup>2649</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.41. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2650</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.41/42 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2651</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.42. Acesso em 15/01/2016.

efeitos; graus de dano; ou testes de finalidade, para verificar se a confidencialidade comercial seria aplicável<sup>2652</sup>.

Concluindo, afirmou o Reino Unido ter agido em concordância com o seu direito interno, ao recusar a informação solicitada pela Irlanda. Afirmou que uma detalhada revisão administrativa teria sido feita, para balancear o interesse público na manutenção da confidencialidade comercial retida pela BNFL, relativamente ao interesse público em sua revelação. O equilíbrio teria sido obtido, ao se revelar o essencial da informação (o relatório PA sobre a avaliação econômica da BNFL), a respeito da qual, haveria um interesse na abertura, glosando informações relativas a preços de venda, volumes, custos de produção e outros. Essa seria a abordagem correta, segundo o precedente traçado no Caso "*Northern Birmingham Relief Road*" e no Caso "*London Regional Transport*". Essa revisão administrativa detalhada teria ocorrido em duas oportunidades: em 1999, quando se teria feito a última versão pública do relatório PA, e em 2001, quando se teria divulgado a versão pública do relatório ADL<sup>2653</sup>.

O Reino Unido reiterou que as informações glosadas dos relatórios seriam informações aptas a serem tratadas como confidenciais, cuja revelação constituiria violação de pactos de confidencialidade e que a BNFL não teria a obrigação legal de fornecê-las, que não existiriam circunstâncias que autorizariam a revelação das informações e que não havia o consentimento para a sua revelação. Nesse sentido, seria aplicável a Regulação 4(3), das Regulações de 1992. Também se trataria de informação que se ligaria à confidencialidade comercial e industrial, tanto para os fins da Regulação 4(2), quanto como tema da Diretiva 90/313 e da "*common law*". O poder discricionário teria sido exercido, no sentido da negativa da revelação dessas informações, entendendo o Reino Unido que esse poder teria sido corretamente exercido. Como consequência, o Reino Unido teria exercido corretamente o direito contido no artigo 9(3), da Convenção OSPAR, com base no seu direito interno e nas regulações internacionais aplicáveis<sup>2654</sup>.

O contra-memorial passou, então, a analisar a questão da confidencialidade comercial em instrumentos internacionais e em outros direitos nacionais, com a intenção de construir uma interpretação para o termo "confidencialidade comercial e industrial" que não seria definido pela Convenção OSPAR. Com relação aos instrumentos internacionais, o

---

<sup>2652</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.42. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2653</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.42/43. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2654</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.43. Acesso em 15/01/2016.

contramemorial afirmou que a Irlanda somente teria feito referência a dois deles: a Convenção de Aarhus e a Declaração do Rio<sup>2655</sup>.

Com relação à Convenção de Aarhus, alegou o Reino Unido que ela não estaria em vigor para ambos os Estados-parte e para a União Europeia, tendo afirmado o memorial irlandês que ela refletiria novos padrões internacionais, apenas. No que se refere à Declaração do Rio, ela não seria um instrumento vinculante. Afirmou, ainda, o Reino Unido, que o fato da confidencialidade comercial não constar das exceções de seu artigo dez, decorreria de seu caráter meramente exortativo<sup>2656</sup>.

O Reino Unido prosseguiu, dizendo que existiriam muitos outros instrumentos relevantes, para fins da conceituação de “confidencialidade comercial e industrial”. Seriam eles o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT-1947/1994); o Acordo Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA); o Acordo de Cooperação Ambiental do NAFTA, de 1992; o Acordo da Carta de Energia, de 1994; o Acordo da Organização Mundial do Comércio sobre Assuntos Relacionados à Propriedade Intelectual, de 1994 (TRIPS); o Acordo da Organização Mundial do Comércio sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS); o Acordo da Organização Mundial do Comércio sobre Inspeção Pré-embarque e o Acordo da Organização Mundial do Comércio sobre Subsídios e Medidas de Salvaguarda<sup>2657</sup>.

Um segundo grupo de instrumentos internacionais se referiria, principalmente, ao meio-ambiente, tendo o Reino Unido enumerado os seguintes: Convenção sobre o Estudo de Impacto Ambiental no Âmbito Transfronteiriço, de 1991; a Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais, de 1992; a Convenção sobre a Proteção do Ambiente Marinho da Área do Mar Báltico, de 1992; a Convenção sobre a Proteção e Uso de Cursos d'Água Transfronteiriços e Lagos Internacionais, de 1992; a Convenção sobre Responsabilidade Civil sobre o Dano Resultante de Atividades Perigosas para o Meio-Ambiente, de 1993; a Convenção sobre Segurança Nuclear, de 1994; Convenção para a Proteção do Meio-Ambiente Marinho e Regiões Litorâneas do Mediterrâneo, de 1995; a Convenção de Aarhus, de 1998 e as Recomendações do Conselho da OCDE sobre Informação Ambiental, de 1998<sup>2658</sup>.

Após estudar todos esses instrumentos internacionais, o Reino Unido afirmou ter chegado às seguintes conclusões: a confidencialidade comercial abrangeria, tanto empresas públicas, quanto privadas; a retenção de informações, com base em confidencialidade

---

<sup>2655</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.44 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2656</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.44 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2657</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.44 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2658</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.45 . Acesso em 15/01/2016.

comercial, seria caracterizada como um direito, a ser exercido, de acordo com o direito nacional, o que seria particularmente notado, no campo ambiental; como decorrência, se consideraria existir uma margem de discricionariedade dos Estados, para fins de determinação dos parâmetros precisos da exceção; a função dos tribunais encarregados de resolver tais disputas sobre aplicação e interpretação de tais disposições seria a de verificar se haveria propriedade e razoabilidade nessa atuação discricionária, não de redecidir qual o tipo de informação estaria abrangida pela confidencialidade comercial; a constante referência, em suas disposições, à exceção de confidencialidade comercial, quanto ao texto integral para acesso à informação, juntamente com a sua caracterização como um direito, atestariam a importância central da exceção em um esquema de medidas de acesso à informação; a existência da obrigação de revelar informação, sujeita à exceção com base em confidencialidade comercial refletiria, de forma explícita, o cuidadoso equilíbrio entre direitos e interesses que competem, de forma igualmente legítima; a responsabilidade pública de proteger o legítimo interesse comercial seria corolário do interesse público de assegurar a abertura de informações, de forma mais genérica<sup>2659</sup>.

O termo confidencialidade comercial não seria definido, de forma abrangente, em lugar algum. Haveria um número de indicadores comuns e úteis, que iriam, de algum modo, de encontro com as finalidades da confidencialidade comercial. Assim, se justificaria a exceção de confidencialidade comercial naqueles casos onde a abertura das informações prejudicaria o interesse comercial legítimo de uma empresa; pudesse prejudicar a posição competitiva da pessoa que fornecesse a informação; pudesse representar uma vantagem significativa para o competidor; pudesse ter um efeito adverso significativo sobre a pessoa que fornecesse a informação ou para a pessoa, de quem o fornecedor a teria obtido; que fosse secreta, que tivesse valor comercial, por ser secreta e que tivesse sido objeto de medidas razoáveis para mantê-la assim; e, que pudesse prejudicar os interesses comerciais de uma empresa e que não tivesse sido, ainda, tornada pública, estivesse disponível genericamente a terceiras partes ou, ainda, em domínio público<sup>2660</sup>.

Afirmou o contra-memorial que, dentre essas definições gerais, haveria alguns tipos de informação, que seriam intrinsecamente confidenciais, como seria o caso de informações industriais, relativas a patentes, licenciamentos ou processos sigilosos; informação técnica não

---

<sup>2659</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.45/46. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2660</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.46. Acesso em 15/01/2016.

publicada; preços e custos de fabricação internos; níveis de lucro; termos de contrato; e informação fornecida por terceiras partes em bases confidenciais<sup>2661</sup>.

Com relação a outros direitos nacionais, aos quais se referiria o contra-memorial, foram pesquisados o Direito da França (a Diretiva 90/313 teria sido redigida com base na legislação francesa), da Austrália, da Irlanda e dos Estados Unidos, para ilustrar e identificar a maneira como os Estados legislam, com vistas à proteção da confidencialidade comercial, em termos gerais e com relação à informação relevante para o meio-ambiente<sup>2662</sup>.

As conclusões extraídas da consulta a esses direitos nacionais, conforme consta do contra-memorial do Reino Unido, foram as seguintes: muito embora todos contivessem um teste de dano, eles variariam de Estado para Estado. Assim, na Irlanda, o que se exigiria é a possibilidade de prejuízo; na Austrália, que se pudesse, razoavelmente, esperar que o prejuízo fosse causado; nos Estados Unidos seria o quanto a revelação seria passível de causar prejuízo substancial. Logo, em razão dessa variedade, não haveria base para a alegação irlandesa de que o teste deveria ser de efeitos significativamente prejudiciais aos interesses comerciais. Muito embora a confidencialidade comercial fosse um termo conhecido na área jurídica, os Estados possuiriam uma margem de discricionariedade, para estabelecer os parâmetros precisos desse termo<sup>2663</sup>.

Ao abordar, especificamente, as alegações da Irlanda sobre o interesse público, afirmou-se que ela interpretaria o artigo 9º da Convenção OSPAR, de modo a exigir um outro requisito, para que o Estado pudesse exercer o seu direito de recusar a prestação das informações. Disse o contra-memorial que a Irlanda entenderia existir um outro fator a ser contrabalançado, em relação à confidencialidade comercial, que seria o interesse público na revelação das informações. Para que o direito à recusa pudesse ser exercido, então, seria necessário que a necessidade de proteção da confidencialidade comercial superasse, em importância, a necessidade de proteção do interesse público na abertura das ditas informações<sup>2664</sup>.

Em sua defesa, o Reino Unido afirmou que esse entendimento irlandês seria contrário à redação do artigo 9(3)(d) da Convenção OSPAR, não estando o direito à recusa sujeito a qualquer qualificação, não sendo possível que a Irlanda acrescentasse qualquer restrição ao seu exercício, que não constasse do referido dispositivo<sup>2665</sup>.

---

<sup>2661</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.46/47. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2662</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.47. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2663</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.47. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2664</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.49. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2665</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.49. Acesso em 15/01/2016.

O argumento irlandês, segundo o contra-memorial, seria o de que o próprio direito do Reino Unido levaria em conta o interesse público. Haveria, no entanto, dois interesses públicos, que deveriam ser considerados: o interesse público na retenção e o interesse público na abertura das informações. Não se trataria de um único interesse público na abertura. Por isso, não caberia ao tribunal arbitral substituir-se à administração do Reino Unido, para dizer qual dos interesses públicos deveria prevalecer<sup>2666</sup>.

Especificamente, quanto à questão da confidencialidade comercial, nas informações editadas dos relatórios, expressou-se o contramemorial no sentido de concluir que, se a função do tribunal arbitral seria a de verificar se o Reino Unido teria agido corretamente, segundo as diretrizes do artigo 9(3)(d) da Convenção OSPAR, do seu próprio direito nacional e da regulação internacional, ao invés de redecidir quais partes dos relatórios deveriam beneficiar-se da proteção da confidencialidade comercial, caberia ao contra-memorial explicitar porque as informações deveriam beneficiar-se da referida exceção<sup>2667</sup>.

Começou, então, esclarecendo que o processo, que teria levado à edição da versão pública dos relatórios PA e ADL, teria sido detalhado e rigoroso. Ele teria se dado em vários passos, para se verificar se a dita informação poderia ser propriamente considerada como digna da proteção em razão de confidencialidade comercial. Assim, ambas as consultorias teriam agido independentemente, tanto da BNFL, quanto do governo, no ato de fazer recomendações aos departamentos administrativos competentes, no que diz respeito a quais categorias de informação deveriam ser consideradas confidenciais. As instruções dadas a ambas deixariam clara a intenção do governo de colocar o máximo de informação à disposição do público<sup>2668</sup>.

Tanto as recomendações das consultorias, quanto os atos administrativos a respeito, teriam sido muito mais abrangentes, no que diz respeito ao tipo de informação que poderia ser disponibilizada, do que as propostas apresentadas pela BNFL. A posição da BNFL seria a de que, dentre as informações, que estariam sendo disponibilizadas ao público, também existiriam aspectos, que deveriam ter sido protegidos pela confidencialidade comercial. Porém, a decisão administrativa teria levado em conta, de forma cuidadosa, as obrigações do Reino Unido, previstas, tanto em seu direito interno, quanto na regulação internacional e comunitária. O objetivo do Reino Unido, em assim proceder, teria sido o de disponibilizar a maior quantidade possível de informação, ao mesmo tempo em que, teria se tentado proteger

---

<sup>2666</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.49. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2667</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.50. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2668</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p. 50 . Acesso em 15/01/2016.

os interesses comerciais legítimos da BNFL e compreender os pactos de confidencialidade, que levaram ao fornecimento das informações<sup>2669</sup>.

Sob esse último ponto, esclareceu-se que as consultorias PA e ADL teriam fornecido todas as informações às agências e departamentos do Reino Unido, em bases estritamente confidenciais, o que seria afirmado com base em declaração firmada por testemunha, que seria o Diretor Comercial para o combustível reutilizado e grupo de engenharia da BNFL, tendo ele sumarizado a posição da empresa, ao afirmar que a informação-chave sobre o negócio seria estritamente confidencial e não poderia ser disponibilizada sem o consentimento dela<sup>2670</sup>.

Igualmente, teria testemunhado que toda a informação só teria sido disponibilizada para ambas as consultorias, sob a condição de confidencialidade, tendo a informação sido oferecida para a consultoria PA em sala protegida, na área da BNFL, não podendo ser copiada ou removida de lá, sem o consentimento da BNFL, bem como, que o mesmo teria ocorrido com a consultoria ADL<sup>2671</sup>.

Acresceria a esse fato que o critério estabelecido pela consultoria PA, para o fim de determinar quais informações seriam confidenciais, expressamente, teria reconhecido que algumas dessas informações teriam sido fornecidas por terceiros, com a condição de confidencialidade. Tal questão teria sido mencionada, mais tarde, no relatório do perito Varley, da NAC International, que seguiu em anexo ao contramemorial, no qual se teria afirmado que a retenção de tais informações, fornecidas em bases confidenciais por terceiros, bem como, que a preservação da identidade dos prestadores das informações, constituiria uma prática normal. A revelação de tais informações, fornecidas por terceiros, poderia, segundo ele, levar a uma deterioração da relação comercial que a BNFL teria com essa terceira parte, podendo afetar futuros negócios, em outros setores do ciclo de combustível, além do próprio setor MOX. Além de tudo, dadas as circunstâncias da forma como teriam sido reveladas, deveriam ser mantidas confidenciais<sup>2672</sup>.

Resumiu-se o ponto, dizendo que informação recebida em bases confidenciais deveria, assim, ser mantida. Para que pudesse ser disponibilizada ao público, seria necessária a autorização da terceira parte em questão, motivo pelo qual, teriam sido glosadas na edição dos relatórios PA e ADL, em sua versão de domínio público<sup>2673</sup>.

---

<sup>2669</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.51 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2670</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.51 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2671</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.51/52. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2672</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.52 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2673</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.52 . Acesso em 15/01/2016.

Como se não bastasse esse aspecto, o contra-memorial foi além, detalhando os motivos pelos quais tais informações deveriam ser consideradas como comercialmente confidenciais. Explicitou, o contra-memorial, que os argumentos irlandeses a respeito poderiam ser agrupados em três itens: que não haveria prejuízo pela quebra da confidencialidade comercial, onde não houvesse competição; que o mercado de combustível MOX não teria competição, de modo que não poderia haveria prejuízo na divulgação das informações em questão; mesmo que a competição existisse nesse mercado, a revelação das informações não traria prejuízo à posição competitiva da BNFL<sup>2674</sup>.

O que alegou o Reino Unido é que tais argumentos seriam fortemente dependentes do relatório apresentado pelo perito McKerron, da *National Economic Research Associates*, sendo os postulados desse estudo a ausência de competição verdadeira no mercado de combustível MOX e a inexistência de qualquer perspectiva de prejuízo ao interesse da BNFL, no que se refere aos clientes<sup>2675</sup>.

Afirmou o Reino Unido que, o relatório do seu perito Varley e a evidência que teria sido trazida pela testemunha Raycroft, confirmariam que haveria, sim, competição no mercado de combustível MOX. Além disso, de acordo com o que o próprio perito McKerron teria afirmado, a confidencialidade comercial deveria ser avaliada, não apenas com relação aos competidores, mas também, levando em consideração os clientes atuais e futuros. Por fim, mesmo que a posição competitiva não viesse a ser afetada, pela revelação das informações, haveria interesses comerciais mais amplos do empreendimento, que poderiam vir a ser afetados<sup>2676</sup>.

Tais assuntos teriam sido ventilados nos relatórios dos peritos Varley e Wadsworth, além da declaração da testemunha Rycroft, que teriam seguido em anexo ao contra-memorial<sup>2677</sup>.

Especificamente, quanto à premissa de que a confidencialidade comercial não seria afetada, onde não existisse competição, o relatório Wadsworth teria criticado o relatório McKerron, afirmando que ela teria se baseado excessivamente na obra “*The Economics of EU Competition Law*”, em particular, no seu capítulo 3, o qual discutiria a identificação do mercado relevante, para os propósitos da aplicação da norma comunitária antitruste. Haveria um equívoco na abordagem e alguns fatos teriam sido desconsiderados, no Relatório

---

<sup>2674</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.53. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2675</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.53. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2676</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.53. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2677</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.53. Acesso em 15/01/2016.



McKerron. Em primeiro lugar, porque, segundo essa visão de Wadsworth, a competição não seria o único fator a afetar a confidencialidade comercial, nem seria uma pré-condição para que ela existisse. O requisito da confidencialidade comercial emergiria sempre que duas partes ou mais quisessem negociar termos contratuais, sem uma compreensão perfeita de variáveis do negócio do outro<sup>2678</sup>.

Como a BNFL teria identificado um determinado bom número de clientes e como os preços poderiam variar significativamente para cada cliente, o que tornaria claro que os clientes não possuiriam informações-chave sobre o negócio da BNFL e que ela possuiria um monopólio e poderia impor preço e outras condições, qualquer informação adicional que alguma dessas partes possuísse, poderia piorar a condição comercial da BNFL, o que já pressuporia a sua confidencialidade comercial<sup>2679</sup>.

O perito Varley também faria eco às conclusões de Wadsworth, afirmando que o mercado do combustível MOX seria competitivo e que, qualquer informação contida nas oito categorias que teria elencado seriam aptas a prejudicar o fornecedor, caso reveladas. No que toca ao aspecto competitivo, essa evidência seria confirmada pelo fato de se poder transportar o plutônio separado para a Bélgica ou para a França, para fabricação em combustível MOX; ou de se fazer o contrário, transportá-lo de La Hague, França, para Sellafield, para que a fabricação lá ocorresse. Só por esse motivo, já se criaria uma competição, cabeça a cabeça, para o combustível MOX. Assim, haveria competição, porque os compradores poderiam exercer pressão comercial sobre os fornecedores de combustível MOX. Além disso, acrescentou o Perito Varley, haveria uma competição entre fornecedores de combustível MOX e UOX, este último a base de óxido de urânio<sup>2680</sup>.

Por esses motivos, já se justificaria, segundo o ponto de vista do Perito Varley, a glosa de informações comerciais, como teria ocorrido nos relatórios PA e ADL, porque elas seriam importantes, tanto para competidores, como para clientes, podendo trazer prejuízo para a posição comercial da BNFL. Isso ocorreria, mesmo que o mercado relevante não fosse competitivo<sup>2681</sup>.

Logo, sob o ponto de vista do Reino Unido, tais categorias de informação, glosadas dos Relatórios PA e ADL, se encaixariam perfeitamente nos fins da confidencialidade comercial prevista no ordenamento inglês e nos princípios do Direito, em termos mais amplos. O interesse seria apenas o de proteger interesses comerciais legítimos da BNFL e os

---

<sup>2678</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.54 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2679</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.54 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2680</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.55 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2681</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.55 . Acesso em 15/01/2016.

pactos de confidencialidade existentes entre a BNFL e terceiros, que não autorizariam a divulgação de tais informações<sup>2682</sup>.

No que se refere às oito categorias de informações, mencionadas pelo Perito Varley, explicou o contra-memorial, o motivo pelo qual, a informação deveria ser mantida confidencial, para cada uma delas<sup>2683</sup>.

O primeiro grupo, que se referiria a volumes de venda, deveria, segundo esse entendimento, ser mantido confidencial, porque clientes já existentes e potenciais clientes poderiam fortalecer as suas posições de negociação, conhecendo tais dados; os competidores poderiam, a partir deles, estimar os custos de produção da BNFL, com maior precisão, o que poderia lhes auxiliar na obtenção da estratégia competitiva ótima; os competidores da BNFL poderiam obter informações sobre os principais clientes, que representariam os principais alvos da empresa, em razão de negócios ainda não fechados<sup>2684</sup>.

Tal raciocínio seria complementado pela declaração da testemunha Rycroft, o qual, teria afirmado que a revelação sobre os volumes de venda do combustível MOX permitiria aos clientes e, mais ainda, aos competidores, a compreensão do quanto a BNFL teria progredido no mercado. No que tange aos clientes, a revelação desse tipo de informação lhes permitiria saber o quanto faltaria para a BNFL preencher a sua capacidade e o quanto estaria pressionada para isso, o que lhe traria uma vantagem nas negociações; permitiria à COGEMA comparar os seus volumes de vendas com os da BNFL, usando tal informação, para ocupar maior fatia de mercado, através, por exemplo, de uma procura aos clientes com negócios ainda não seguros ou cortando seus preços<sup>2685</sup>.

Quanto à segunda categoria, os preços de venda, o Perito Varley teria observado que o conhecimento desses preços e da sua estratégia, por competidores já existentes ou querendo entrar no mercado, seria prejudicial aos interesses comerciais da BNFL, já que permitiria a eles entender como a BNFL percebe que os preços de mercado iriam subir, bem como, os fatores de mercado que poderiam influenciar no preço praticado. Acerca desse tópico, a testemunha Rycroft asseverou que a COGEMA, de posse dessa informação, poderia alvejar mercados dominados pela BNFL, erodindo o preço de mercado, reduzindo as receitas da BNFL. De igual modo, a revelação dos preços médios de venda permitiria aos competidores a oportunidade de apresentar soluções alternativas ao mercado, tirando negócios da BNFL<sup>2686</sup>.

---

<sup>2682</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.56 . Acesso em 15/01/2016.

<sup>2683</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.56. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2684</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.57. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2685</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.57. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2686</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.57/58. Acesso em 15/01/2016.

Aumentaria, então, o risco da prática de preços predatórios. Seria facilitada a entrada de novos competidores no mercado. Do ponto de vista dos clientes, o conhecimento dos preços de venda presumidos pelo fornecedor, enquanto os preços estariam ainda sendo negociados, fortaleceria a sua posição competitiva, em prejuízo das receitas a serem auferidas pela BNFL<sup>2687</sup>.

No que pertine à capacidade de produção, observou o Perito Varley que esse tipo de informação mereceria confidencialidade, porque os níveis de operação projetados indicariam os volumes de venda estimados; a capacidade de ampliação da produção, por sua vez, se referiria ao “*timing*” da capacidade de produção, o que poderia influenciar na mudança do “*timing*” das contratações de terceiros com a BNFL. Tais informações seriam estratégicas para os competidores da BNFL, porque diriam respeito à estratégia da BNFL<sup>2688</sup>.

Quanto a esta terceira categoria de informações, a testemunha Rycroft teria declarado que clientes e competidores poderiam, de posse de tais informações, validar as suas próprias estimativas sobre a capacidade produtiva da BNFL. A partir delas, também se poderia vislumbrar informações-chave de outras áreas, ameaçando significativamente as receitas da BNFL. Permitiria, igualmente, aos competidores, preencher os brancos produtivos da BNFL<sup>2689</sup>.

Quanto ao quarto tipo de informação, que diria respeito aos custos produtivos, observou o Perito Varley que a revelação desse tipo de informação permitiria a clientes fortalecer as suas respectivas posições nas negociações, bem como, aos competidores estimar tais custos, com maior precisão, auxiliando-os a presumir a estratégia de competição ótima da BNFL. Acerca desta categoria de informação, a testemunha Rycroft teria declarado que referências específicas sobre custos por categoria, inclusive sobre tendências, seriam válidas tanto para competidores, quanto para clientes, para que validassem os seus entendimentos sobre o funcionamento econômico do negócio da BNFL. Competidores poderiam conhecer níveis de preço da BNFL, trazendo-lhes vantagem na negociação dos volumes de venda. Também lhes permitiria passar à frente da BNFL, ameaçando-lhe a posição de mercado e a renda decorrente do negócio de combustível MOX. Os seus contratos teriam os preços estabelecidos em base fixa. O conhecimento dos custos da BNFL auxiliaria os clientes dela a

---

<sup>2687</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.58. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2688</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.58/59. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2689</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.59. Acesso em 15/01/2016.

estimar as margens de lucro da empresa, concedendo-lhes uma vantagem na negociação dos preços dos contratos<sup>2690</sup>.

Quanto à quinta categoria de informação, a dos detalhes contratuais, o Perito Varley teria notado que, uma vez que a própria existência dos contratos seria confidencial, o conhecimento dos detalhes de suas cláusulas também deveria ser, da mesma forma, confidencial. Além disso, o conhecimento desses detalhes fortaleceria a posição de negociação de futuros potenciais clientes; daria uma vantagem estratégica a competidores da BNFL; poderia resultar em perdas de oportunidades de negócio<sup>2691</sup>.

Por sua vez, a testemunha Rycroft teria declarado a esse respeito, que a quebra do sigilo de tais informações importaria na violação de pactos de confidencialidade, o que seria algo errado, porque os clientes teriam fornecido essas informações a consultores independentes, apenas, porque as considerariam protegidas pela confidencialidade<sup>2692</sup>.

No que tange à sexta categoria de informação, a dos detalhes de declarações dadas em segredo por clientes e outros particulares, o Perito Varley teria observado que declarações dadas em segredo, bem como, as identidades dos declarantes, seriam normalmente acobertadas pela confidencialidade. A violação dessa prática normal poderia levar à deterioração da relação comercial que a BNFL teria com a parte que teria fornecido a informação, afetando negócios futuros em outros setores do ciclo do combustível, além do próprio setor MOX<sup>2693</sup>.

A respeito desta sexta categoria, a testemunha Rycroft teria declarado que a informação sobre clientes em potencial e já existentes poderiam ser utilizada pelos competidores da BNFL, que mirassem no mercado desses clientes específicos. Também poderia haver a violação de pactos de confidencialidade. Informações fornecidas por terceiros, em segredo, sem que houvesse a autorização para revelação, deveriam ser mantidas em segredo, sob pena de impacto adverso nas relações da BNFL com os seus clientes, em detrimento de seus negócios<sup>2694</sup>.

A sétima categoria de informação, a dos resultados dos modelos econômicos, seria, segundo o Perito Varley, de relevância para competidores e clientes, permitindo a eles uma compreensão sobre o negócio da BNFL. Acerca dessa categoria, a testemunha Rycroft teria declarado que os indicadores-chave dos negócios seriam volumes de vendas, preços de venda,

---

<sup>2690</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.59/60. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2691</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.60. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2692</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.60. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2693</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.60/61. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2694</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.61. Acesso em 15/01/2016.

capacidade de produção, custos de produção e outros. Muitos deles constituiriam dados para modelos econômicos, sendo comercialmente confidenciais por sua própria natureza. Por outro lado, as resultantes destes modelos, também seriam informações comerciais confidenciais. A divulgação dessas informações importaria na redução de variáveis desconhecidas do negócio, permitindo a competidores e a clientes refinar os seus próprios modelos de negócio, reduzindo níveis de incerteza sobre dados e resultados dos modelos<sup>2695</sup>.

Por fim, a oitava categoria de informação seria daquela que poderia revelar a percepção da BNFL sobre os mercados finais e sobre os indicadores de mercado do combustível MOX, a estratégia de mercado, acerca do mercado de fabricação do combustível MOX e, mais amplamente, a estratégia da BNFL no mercado de processamento de combustível usado<sup>2696</sup>.

Quanto a esta oitava categoria, o Perito Varley teria observado que, a BNFL e a COGEMA competiriam no novo negócio de reprocessamento de combustível, no qual, o componente de custo MOX, constituiria uma proporção importante do custo total. Tanto a BNFL, quanto a COGEMA, competiriam a favor do reprocessamento, contra a estratégia alternativa do ciclo aberto (armazenamento, seguido do despejo direto dos restos de combustível). Dada tal situação, uma compreensão sobre as estratégias e percepções de mercado da BNFL, relacionadas ao MOX, e, mais amplamente, sobre soluções envolvendo reprocessamento de combustível, seriam de valor para competidores<sup>2697</sup>.

Sobre este ponto específico, a testemunha Rycroft teria declarado que o conhecimento das estimativas sobre o mercado potencial, riscos de mercado e estratégias de mercado, da BNFL, seriam úteis aos competidores. A visão de mercado da BNFL poderia ser diferente da dos competidores, de modo que, o seu conhecimento por eles, poderia estimular uma mudança, por parte de competidores já existentes ou potenciais. A revelação de mercados emergentes pretendidos poderia levar novos competidores a neles entrar. O conhecimento da divisão de mercado potencial, do tratamento específico, que a BNFL daria a riscos de mercado e do retorno pretendido, permitiria a clientes e a competidores desenvolver uma melhor visão sobre o mercado em questão. Tais informações poderiam ser utilizadas contra a BNFL, erodindo as suas receitas<sup>2698</sup>.

Em conclusão, afirmou o contra-memorial que, por tais razões, teria havido a glosa de informações dos Relatórios PA e ADL, o que teria sido feito de acordo com o próprio direito

---

<sup>2695</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.61/62. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2696</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.62. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2697</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.62. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2698</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.62. Acesso em 15/01/2016.

nacional do Reino Unido, o Direito Europeu, a prática internacional e outros instrumentos internacionais. Quanto ao que teria sido afirmado pela Irlanda - de que o fato das mesmas informações terem sido disponibilizadas, no que toca à usina THORP, elas não deveriam ser consideradas comercialmente confidenciais, para a usina MOX -, com base nas afirmações do Perito Varley e da testemunha Rycroft, o contra-memorial aduziu que a situação comercial era completamente diferente. Além disso, o Relatório McKerron estaria errado, quanto ao tipo de informação disponibilizado, no que tocava à usina THORP<sup>2699</sup>.

Também alegou a Irlanda, que o Reino Unido teria falhado, ao não explicar os motivos da negativa de disponibilização de determinadas informações. O contra-memorial disse que esse argumento teria sido levantado, pela primeira vez, pela Irlanda, em seu memorial, não tendo sido alegado isso, quando teria sido feita a declaração inicial, nem na sua emenda, o que teria impedido o Reino Unido de apresentar as suas razões, antes da disputa cristalizar-se. Afirmou que, para os propósitos do artigo 9(4), da Convenção OSPAR, a Irlanda teria sido suficientemente explicada das razões que conduziram à glosa das ditas informações. Esses motivos estariam expostos no próprio Relatório PA. No caso do Relatório ADL, as explicações estariam no rodapé, inclusive, tendo sido informado quando a informação estaria sendo liberada parcialmente, sempre que teria sido possível. Tais razões teriam sido ainda melhor precisadas, na carta de 13/09/2001. A Irlanda interpretaria o artigo 9(4), de modo a exigir razões claras e precisas, nas quais se identificasse: quando os riscos pela disponibilização viriam de clientes ou de competidores ou de ambos; quais empresas seriam verdadeiras competidoras da BNFL; o que o Reino Unido consideraria o mercado relevante do combustível MOX e como cada item de informação poderia causar dano à BNFL. O Reino Unido afirmou que tal detalhamento estaria em seu contra-memorial. Seria, porém, pouco realista acreditar que esse tipo de informação poderia ser fornecido, antes mesmo que a causa se cristalizasse<sup>2700</sup>.

Outra alegação da Irlanda diria respeito à dúvida se a razão “confidencialidade comercial” seria válida para todos os tipos de informação ou apenas para alguns. Segundo o contra-memorial, a carta de 13/09/2001 não deixaria margem a esse tipo de dúvida<sup>2701</sup>.

Da mesma forma, a alegação de que a Irlanda se satisfaria com uma versão dos relatórios PA e ADL, no qual, as informações glosadas por confidencialidade comercial fossem agregadas, seria totalmente inconsistente com o pleito de uma versão integral dos

---

<sup>2699</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.63. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2700</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.63/64. Acesso em 15/01/2016.

<sup>2701</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf), p.66. Acesso em 15/01/2016.

mesmos relatórios, sem qualquer corte. Se o pleito irlandês fosse este, desde o início, a disputa não existiria<sup>2702</sup>.

Por todas essas razões, o contra-memorial do Reino Unido pediu ao tribunal arbitral que declarasse faltar-lhe jurisdição para decidir a questão e que declarasse ser o pleito inadmissível. Alternativamente, que considerasse tais pleitos improcedentes, bem como, que a Irlanda arcasse com as custas<sup>2703</sup>.

### 1.3 A Réplica Irlandesa<sup>2704</sup>

Em 18/07/2002, a Irlanda replicou o contra-memorial do Reino Unido, atacando as suas três teses principais: a de que o artigo 9º da Convenção OSPAR não estabeleceria um direito de obter informação diretamente; que a informação pretendida pela Irlanda não se enquadraria nos fins do artigo 9º da Convenção OSPAR e que o artigo 9º teria conferido uma zona de discricção, que não poderia ser objeto de intrusão, por parte do tribunal arbitral. Em função disso, a réplica deixou de refutar pontos menores do contra-memorial, o que teria sido deixado para a parte oral do procedimento, sem que isso representasse concordância como que foi afirmado, como se alegou<sup>2705</sup>.

A réplica afirmou concentrar-se no coração da tese do contra-memorial, ou seja, se a informação glosada poderia, realmente, ser considerada como sendo objeto de confidencialidade comercial. Também atacaria dois aspectos referidos no contra-memorial: se as informações em questão constituiriam “informação ambiental” e se o artigo 9º da Convenção OSPAR estabeleceria um direito a obter informação diretamente<sup>2706</sup>.

Afirmou a réplica que, durante o tempo em que a Irlanda e o Reino Unido estariam tentando resolver a questão diretamente, o Reino Unido jamais teria negado que tais informações estariam incluídas nos fins do artigo 9º da Convenção OSPAR. Por isso, a Irlanda teria invocado o seu direito a obtê-las diretamente, pela primeira vez, na réplica<sup>2707</sup>.

Preliminarmente, a Irlanda destacaria quatro pontos em sua réplica: em primeiro lugar, que o Reino Unido teria afastado uma série de argumentos do memorial, sob a alegação de serem irrelevantes para a disputa. Porém, todos esses assuntos diriam respeito a consequências ambientais da usina MOX. Ambos os relatórios teriam sido encomendados pelo Reino Unido, para saber se essas consequências seriam justificáveis, tendo eles concluído que sim. Isso explicaria o contexto em que a Irlanda pretendia ter acesso a tais

<sup>2702</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.66.Acesso em 15/01/2016.

<sup>2703</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%CounterMemorial.pdf).p.67.Acesso em 15/01/2016.

<sup>2704</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.1/29.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2705</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.1.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2706</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.1.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2707</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.1/2.Acesso em 18/01/2016.

informações, porque se queria saber quais consequências seriam essas e se todos os custos ambientais teriam sido levados em conta<sup>2708</sup>.

Em segundo lugar, o Reino Unido teria querido deixar de lado tudo o que se referisse à usina THORP, mas, segundo o entendimento irlandês, não poderia fazer isso, já que se queria saber se o custo de produzir o plutônio, na usina THORP, que seria insumo da fabricação do combustível MOX, teria sido levado em consideração<sup>2709</sup>.

O terceiro ponto preliminar da réplica referiu-se a um documento do governo do Reino Unido, de 04/07/2002, denominado “Gerenciando o Legado Nuclear: Uma Estratégia de Ação”, no qual, se trataria dos detalhes para a transferência da usina MOX para o poder público, através da LMA – Agência de Gerenciamento de Riscos. A LMA passaria a assumir toda a responsabilidade jurídica e financeira sobre a planta MOX. Nesse documento, todo contrato novo, relacionado aos fins mencionados na análise econômica, mencionada na decisão de 03/10/2001, precisaria ser aprovado previamente pelo Secretário de Estado, como seria o caso dos contratos aos quais se referem os Relatórios ADL e PA. Tais contratos novos não seriam aprovados, caso se mostrassem inconsistentes com a prioridade dada à limpeza do sítio de Sellafield como um todo. Esse documento seria altamente importante, por dois motivos: primeiro, confirmaria que a operação da usina MOX não deveria ser tratada como uma operação comercial normal. Segundo, indicaria a relação existente entre os contratos existentes da usina MOX, os seus futuros contratos e a futura atividade e descargas, tanto da usina MOX, quanto da usina THORP<sup>2710</sup>.

O quarto ponto preliminar da réplica irlandesa seria a de que haveria cinco tipos de informação que não estariam incluídas nas oito, relacionadas no contra-memorial do Reino Unido, as quais, não teriam a recusa na sua disponibilização explicada<sup>2711</sup>.

Quanto à alegação de que o artigo 9º da Convenção OSPAR estabeleceria um direito a obter informação diretamente, sustentou a réplica que a Irlanda vem requerendo informações do Reino Unido, desde 1997, sempre invocando o artigo 9º da Convenção OSPAR, nunca tendo o Reino Unido, até o contra-memorial, afirmado que a Irlanda não teria esse direito, com base no mencionado artigo. Segundo a réplica haveria uma distinção mal concebida entre o recebimento direto e indireto de informações<sup>2712</sup>.

---

<sup>2708</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.2](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.2). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2709</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.2](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.2). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2710</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.2](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.2). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2711</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.3](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.3). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2712</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.3](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.3). Acesso em 18/01/2016.



A esse respeito, a Irlanda levantou uma série de argumentos: o primeiro deles seria o de que o artigo nono da Convenção OSPAR exigiria do Estado que “assegurasse que as suas autoridades competentes fossem requeridas” a fornecer informações específicas a pessoas físicas ou jurídicas. Como a Irlanda é uma pessoa jurídica, teria o direito de obter tais informações das autoridades competentes do Reino Unido. Logo, o Reino Unido teria a obrigação de assegurar que as suas autoridades disponibilizem para a Irlanda as informações referidas no artigo 9(2), da dita Convenção. No caso específico, a autoridade competente seria o próprio governo do Reino Unido<sup>2713</sup>.

Em segundo lugar, caso isso não ocorresse, a Irlanda teria a possibilidade de percorrer determinados caminhos, para assegurar o cumprimento da obrigação de assegurar que a informação fosse disponibilizada. Afirmou-se que o Reino Unido pareceria ter reconhecido esse direito, pelo menos, desde que o pleito irlandês se relacionasse com a provisão análoga, existente na Diretiva 90/313/EEC. Assim o Reino Unido teria afirmado que a Irlanda poderia recorrer às cortes do Reino Unido, porque existiriam amplos remédios internos; reclamar à Comissão Europeia; poderia ser iniciada uma ação contra o Reino Unido, perante a Corte Europeia de Justiça, com base na referida diretiva<sup>2714</sup>.

Por isso, no entender da Irlanda, haveria uma falta de lógica jurídica ou política, na argumentação do Reino Unido, uma vez que as redações da Diretiva 90/313/EEC e do artigo 9º da Convenção OSPAR seriam praticamente idênticas. Por que haveria um fundamento no pedido, com base na Diretiva 90/313/EEC e não, com espreque no artigo 9º da Convenção OSPAR?<sup>2715</sup>

Prosseguiu a réplica irlandesa, afirmando ser ainda mais curiosa a distinção material entre esses dois diplomas, feita pelo Reino Unido. Como o artigo 4º da Diretiva preveria que a pessoa que não houvesse tido o pleito de disponibilização de informação deferido razoavelmente, ou que o mesmo houvesse sido ignorado, poderia procurar uma revisão administrativa ou judicial da decisão, de acordo com o sistema jurídico nacional em questão, enquanto a Convenção OSPAR não conteria provisão similar, afirmou a réplica irlandesa ser estranho que o Reino Unido aceitasse que a Irlanda o acionasse, perante a Corte Europeia de Justiça, com base no artigo 4º da Diretiva – apesar dela, alegadamente, prever o foro para a

---

<sup>2713</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.3](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.3). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2714</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.3](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.3). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2715</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.4](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.4). Acesso em 18/01/2016.

solução das disputas -, mas não, com base no artigo 9º da Convenção OSPAR, que seria silente a respeito.<sup>2716</sup>

Afirmou a réplica que o Reino Unido pareceu entender que o artigo 9º da Convenção OSPAR apenas estabeleceria uma obrigação de criação de um sistema, para manejar os requerimentos de informação, com base na Convenção OSPAR, de modo que a única possibilidade de se justificar uma ação seria a ausência desse aparato regulatório doméstico, para lidar com a abertura de informações, não sendo claro, do ponto de vista irlandês, se esse raciocínio valeria somente para a Irlanda ou para qualquer pessoa natural ou jurídica, que pudesse requerê-la, nos termos do artigo 9 da Convenção OSPAR. Se o raciocínio valesse para todos, isso significaria que não haveria qualquer remédio, para quem requeresse a informação, pouco importando se a recusa seria razoável ou justificada. Esse raciocínio subverteria o objeto e propósitos da Convenção OSPAR, sendo tal resultado surpreendente, à luz da redação clara do artigo 9º da Convenção OSPAR, que preveria prazos, custas e o tipo de informação, que deveria ser fornecida, nos termos da réplica<sup>2717</sup>.

Tais exigências detalhadas, segundo o ponto de vista da réplica, seriam incompatíveis com a abordagem do Reino Unido, que deixaria o assunto à discricionariedade do Estado-parte, sem qualquer possibilidade de um remédio<sup>2718</sup>.

Por outro lado, se a tese valesse apenas para a Irlanda, não para todas as outras pessoas físicas ou jurídicas, não ficaria claro o motivo da interpretação tão restritiva da linguagem do artigo 9º, que deveria ser interpretado em conjunto com o artigo 32, da mesma convenção, quando o seu sentido literal diria exatamente o contrário<sup>2719</sup>.

Assim, o argumento do Reino Unido não teria levado em conta as consequências finais do raciocínio e seria mal concebido, porque nada na redação dos artigos 9º e 32 da Convenção OSPAR limitaria o direito da Irlanda de acionar o Reino Unido, para obter tais informações, de modo que tal argumento deveria ser sumariamente rejeitado pelo tribunal arbitral<sup>2720</sup>.

Também alegou a réplica que a informação solicitada estaria inserida nos fins do artigo 9(2), da Convenção OSPAR. Sustentou que não se creia que a Convenção OSPAR fosse um tratado genérico sobre liberdade de informação, bem como, afirmou-se que a Irlanda não estaria “jogando o verde, para colher maduro”, como teria afirmado o Reino Unido. A Irlanda estaria, apenas, de forma bastante clara e direta, tentando obter informações sobre

---

<sup>2716</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.4](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.4). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2717</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.4](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.4). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2718</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.4](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.4). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2719</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.4](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.4). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2720</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.4](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.4). Acesso em 18/01/2016.

dados contidos nos Relatórios PA e ADL, porque tais relatórios, em especial, o primeiro, teriam sido as únicas bases para a decisão de 03/10/2001, que teria autorizado o funcionamento da usina MOX<sup>2721</sup>.

Não haveria discussão sobre a existência de consequências ambientais, pela mera operação da planta industrial do combustível MOX, afirmando o Reino Unido, apenas, que elas seriam mínimas. A existência de tais efeitos seria reconhecida pela própria decisão, que teria autorizado o seu funcionamento<sup>2722</sup>.

O motivo de se querer ter acesso a todas aos Relatórios PA e ADL completos seria, segundo a réplica, saber se todos os custos ambientais teriam sido considerados; se as consequências da operação da usina MOX também teriam sido; e, se, de fato, a usina se justificaria economicamente. Assim, como sem tais relatórios, não haveria a autorização para o funcionamento da usina, nem as descargas de material radioativo no Mar da Irlanda, seria quase absurdo afirmar que tais informações não seriam informações sobre atividades aptas a afetar o ambiente marinho, para os fins do artigo 9(2), da Convenção OSPAR<sup>2723</sup>.

Alegou a réplica que a abordagem do Reino Unido teria sido uma “abordagem salame”, porque levaria ao fornecimento de informações fatiadas. Como os relatórios, como um todo, é que teriam sido responsáveis pela aprovação do funcionamento da usina, seria preciso conhecer a totalidade das informações neles contidas. A Irlanda, segundo esse ponto de vista, não precisaria selecionar pedaços de informação, para dizer quais deles seriam informação ambiental. Também sustentou que, não seria porque a Convenção OSPAR se destinaria a proteger o ambiente marinho, que as informações só poderiam referir-se a esse tema. A redação do artigo 9(2) não cobriria apenas aspectos relativos ao ambiente marinho, mas informações sobre atividades que o afetem ou podem vir a afetá-lo. Informações sobre transportes, tempo de operação da planta, preços de venda e volumes, que se refeririam à questão da justificação, não seriam informações sobre a área marítima, mas sobre atividades, que a afetariam ou poderiam vir a afetá-la<sup>2724</sup>.

Nesse sentido, afirmou a réplica, surpreenderia a alegação do contra-memorial, de que os custos relativos à segurança não estariam incluídos nos relatórios. De fato, afirmou a réplica, não apareceria dos relatórios, que o tema houvesse sido tratado dessa forma. A declaração do Reino Unido seria ambígua, sugerindo que os custos de segurança não teriam sido levados em conta, de forma alguma, no exercício de justificação econômica da usina

---

<sup>2721</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.5](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.5). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2722</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.5](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.5). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2723</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.5](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.5). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2724</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.5/6](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.5/6). Acesso em 18/01/2016.

MOX. A Irlanda afirmou desejar esclarecimentos a respeito, porque os padrões de segurança e os seus custos constituiriam material, que se relacionaria diretamente com a proteção do ambiente marinho. A sua exclusão constituiria assunto de preocupação. A Irlanda, então, perguntou quais outros custos teriam sido excluídos da apreciação sobre a justificação econômica da usina. Por exemplo, perguntou se seria o caso do seguro, para cobrir eventuais acidentes ambientais ou o custo de monitorar os efeitos das descargas, se também teriam sido excluídos da análise. No mínimo, a declaração do Reino Unido confirmaria a relevância para o ambiente das informações, que teriam sido incluídas ou não incluídas nos relatórios, sendo essa a razão pela qual a Irlanda desejaria ter acesso a elas<sup>2725</sup>.

Outro ponto da réplica foi a afirmação de que o Reino Unido não teria o direito de invocar a exceção do artigo 9(3), da Convenção OSPAR, no que toca à confidencialidade comercial. Em primeiro lugar, disse a réplica que, ao contrário do afirmado pelo Reino Unido, o tribunal arbitral teria competência para apreciar todos os fatos e questões trazidas ao caso, para decidir se a informação deveria ou não ser retida, sob o fundamento de confidencialidade comercial. Também recordou a réplica que o Reino Unido jamais teria alegado a exceção de confidencialidade comercial, com relação a determinadas informações<sup>2726</sup>.

Nesse ponto da réplica, teriam sido utilizados os argumentos do segundo Relatório McKerron, que refutaria os argumentos das testemunhas do Reino Unido sobre a confidencialidade comercial. Considerando a natureza do mercado do combustível MOX, o relatório teria dito que os argumentos do Reino Unido seriam contraditórios e pouco convincentes. O combustível MOX não competiria com o combustível de urânio. Mais ainda, a competição dentro do restrito mercado do combustível MOX seria negligenciável. O relatório concluiria que a revelação das informações não traria qualquer prejuízo à BNFL, em relação a competidores ou clientes. Dessa forma, tais informações não se refeririam à exceção prevista no artigo 9(3) da Convenção OSPAR<sup>2727</sup>.

No que toca à alegação do Reino Unido, de que o tribunal arbitral não poderia redecidir o mérito da liberação das informações, afirmou a réplica que o contra-memorial tentaria adotar, para a Convenção OSPAR, o mesmo princípio da margem de apreciação, adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, para a interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas, afirmou que a Convenção OSPAR, de 1992, ou o Direito

---

<sup>2725</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.6.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2726</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.7.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2727</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.7.Acesso em 18/01/2016.

Internacional em geral, não admitiriam essa abordagem, que não seria sustentada por qualquer autoridade<sup>2728</sup>.

Pelo contrário, o artigo 32 da Convenção OSPAR, claramente, segundo a visão da réplica, preveria que qualquer tribunal arbitral, constituído sob a égide daquela, poderia decidir o mérito da disputa. Apesar de deixar à discricionariedade de cada Estado decidir qual autoridade seria a competente para decidir os requerimentos de acesso à informação, o fornecimento da informação relevante seria uma exigência obrigatória. Seria um dever especificamente definido, cujo descumprimento autorizaria o uso de algum remédio jurídico. Evidentemente, existiriam as exceções a esse dever, com base no artigo 9(3), da Convenção OSPAR, mas elas deveriam ser interpretadas de acordo com o direito interno, o Direito Internacional e a prática internacional. Dentre as exceções, haveria a confidencialidade comercial, mas tais exceções precisariam ser construídas e aplicadas mediante critérios objetivos, segundo o entendimento irlandês<sup>2729</sup>.

A referência ao direito interno, porém, não limitaria a jurisdição do tribunal internacional, para decidir o mérito da causa, nem limitaria os remédios às cortes nacionais, porque semelhante disposição não faria parte da Convenção OSPAR. Competiria, portanto, ao tribunal arbitral decidir se o mercado do combustível MOX estaria sujeito à competição ou se a revelação de tais informações poderia afetar essa competição, não sendo uma situação, segundo ponto de vista irlandês, na qual, o Reino Unido pudesse exercer alguma espécie de discricção<sup>2730</sup>.

Além disso, ao contrário do que ocorreria com a regulação da União Europeia, que preveria os remédios nacionais, no caso da Convenção OSPAR, não existiria qualquer previsão nesse sentido, de modo que, ou não haveria qualquer remédio, em qualquer foro, para a recusa ao fornecimento das informações, ou o tribunal arbitral possuiria, de fato, jurisdição para decidir o mérito. Entendeu a Irlanda que a última opção seria a mais correta<sup>2731</sup>.

No mérito, por outro lado, a questão teria de ser decidida, segundo parâmetros estritamente objetivos, ou seja, se a informação em questão deveria ou não ser protegida pela exceção de confidencialidade comercial, não se o Reino Unido teria o direito de considerar que a informação estaria protegida pela referida exceção, ou não<sup>2732</sup>.

---

<sup>2728</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.7](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.7). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2729</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.7](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.7). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2730</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.7/8](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.7/8). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2731</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.8](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.8). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2732</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.8](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.8). Acesso em 18/01/2016.

Referindo-se ao segundo Relatório McKerron, a Irlanda afirmou que esse documento comprovaria que a revelação das informações não prejudicaria a posição da BNFL, em relação a competidores ou a clientes. Sugeriu a réplica, nessa toada, que a análise econômica do mercado do combustível MOX seria algo central, para a decisão da disputa com o Reino Unido. Mesmo que a informação em questão pudesse ser inserida na exceção de confidencialidade comercial, uma vez que não existiria competição no mercado do combustível MOX, tais argumentos, baseados nessa exceção, não seriam aplicáveis<sup>2733</sup>.

Afirmou a réplica que, com exceção do Relatório Wadsworth, os demais documentos, como o Relatório Varley ou as declarações da testemunha Rycroft não contradiriam as conclusões do Relatório McKerron. Além disso, as conclusões do Relatório Wadsworth contrariariam as evidências dos demais documentos. O Relatório Wadsworth também afirmaria que nem Varley, nem Rycroft, seriam inteiramente independentes da BNFL e que nenhum dos três teria uma verdadeira base econômica<sup>2734</sup>.

Observou a réplica que o Relatório McKerron teria esclarecido que aquelas oito categorias de informação, às quais se referiria ao contra-memorial, não refletiriam, com precisão, o requerimento irlandês. Para cada uma dessas oito categorias de informação, o Relatório Varley explicaria as razões pelas quais se recomendaria a confidencialidade comercial. Mas cinco categorias de informação solicitadas pela Irlanda não estariam abrangidas por essas oito categorias: percentagem de plutônio já existente no sítio de Sellafield; valores de máximo rendimento; vida útil da planta de MOX; número de empregados e providências para o transporte do combustível de e para Sellafield. Afirmou a Irlanda que o Reino Unido não teria alegado confidencialidade comercial para qualquer desses itens<sup>2735</sup>.

Nesse ínterim, a Irlanda convidou o Reino Unido a tornar tais informações disponíveis, independentemente do final dos procedimentos perante o tribunal OSPAR, com base em ordem proferida pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar, em outro procedimento<sup>2736</sup>, descrito, quando da análise do caso perante o tribunal arbitral UNCLOS, mais a frente.

Em seguida, a réplica irlandesa passou a discorrer sobre os critérios para a retenção de informação, com base na alegação de confidencialidade comercial. A esse respeito, o segundo

---

<sup>2733</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.8.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2734</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.8.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2735</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p. 9.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2736</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p. 9.Acesso em 18/01/2016.

Relatório McKerron alegou que o Reino Unido teria se baseado em argumentos de caráter econômico, que seriam insustentáveis e contraditórios<sup>2737</sup>.

Aduziu que o Relatório Wadsworth consideraria a aplicação da exceção de confidencialidade comercial, de forma excessivamente ampla, de modo a incluir qualquer negociação comercial, na qual as partes não conhecessem as diretrizes principais do negócio das outras, bem como, na qual, uma informação insignificante poderia servir como receita ou modelo, que iluminasse o cliente ou o competidor. Isso significaria dizer, segundo o raciocínio desenvolvido na réplica, que toda a informação relevante para o negócio necessitaria ser mantida confidencial. Mais ainda, o Segundo Relatório McKerron teria observado que o Reino Unido teria reconhecido que, sem tais informações, a compreensão dos aspectos econômicos da operação da usina MOX seria impossível<sup>2738</sup>.

Em oposição ao Relatório Wadsworth, o Relatório Varley e a declaração da testemunha Rycroft não confrontariam o Primeiro Relatório McKerron, quanto à abordagem realizada para a confidencialidade comercial, apenas dizendo que seria aplicável ao caso da usina THORP, mas que, a usina MOX seria diferente, porque, nesse caso, a BNFL e a COGEMA estariam em competição, além do fato de todos os contratos já estarem assinados, o que não recomendaria que as informações chegassem aos clientes. Os argumentos desses documentos não se baseariam na argumentação de que a BNFL e a COGEMA teriam um perfeito conhecimento dos negócios, uns dos outros, ou de que os clientes não poderiam se utilizar de pequenos trechos de informação, para deduzir informações úteis sobre a BNFL. Assim em tendo aceitado a abordagem do Relatório Varley e da declaração da testemunha Rycroft, o Reino Unido teria concordado que a informação não teria de ser retida, sob fundamento de confidencialidade comercial, dentre outras situações, quando não existisse competição e quando os clientes não pudessem obter qualquer vantagem da abertura das informações. A diferença entre as duas partes, então, seria a de que o Reino Unido entenderia que ambas as situações seriam aplicáveis ao caso concreto, no que discordou a Irlanda<sup>2739</sup>.

Em seguida, a Irlanda dissertou sobre outro aspecto do Segundo Relatório McKerron, no que se refere à ausência de competição entre os combustíveis MOX e UOX. Nesses termos, alegou a réplica que ambas as partes concordariam que a definição de mercado relevante seria crítica. Para o Relatório McKerron, o combustível MOX não faria parte do mercado relevante de combustíveis nucleares em geral, mas do mercado relevante de

---

<sup>2737</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p. 9. Acesso em 18/01/2016.

<sup>2738</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.9. Acesso em 18/01/2016.

<sup>2739</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.9/10. Acesso em 18/01/2016.

reprocessamento de combustível usado. Qualquer argumento no sentido de que haveria uma competição entre o combustível MOX e o de urânio “fresco” teria muito mais a ver com uma discussão sobre possibilidade técnica, do que, propriamente, com o verdadeiro comportamento econômico no mundo real. Indo mais além, todos os argumentos do Reino Unido estariam caminhando para uma mesma direção, ou seja, relacionando à substituição do urânio pelo MOX. Nem sequer teria tentado arguir que poderia ocorrer uma substituição do MOX pelo urânio, em reatores usando MOX<sup>2740</sup>.

Assim, o Relatório McKerron teria concluído que não haveria uma competição entre o combustível MOX e o urânio, porque não haveria razões para considerar que, com um eventual aumento de preço do urânio, faria os clientes mudar ou ameaçar mudar, do urânio para o combustível MOX, sendo certo, conforme se alegou, que nenhum usuário de urânio, que não tivesse plutônio isolado, jamais teria feito isso; as exigências técnicas da produção do combustível MOX seriam suficientemente onerosas, para fazer com que a entrada de novos competidores no mercado, apenas em função da elevação dos preços do combustível MOX, fosse virtualmente inimaginável; afirmou, também, o dito relatório que o Perito Varley teria afirmado que o preço do combustível MOX estaria alto, porque a demanda seria superior à produção, mas, no mesmo período, o preço do urânio também estaria em alta, o que comprovaria que eles não são competidores; se o MOX e o UOX competissem, verdadeiramente, seria de se esperar que a mesma quantidade de informações estivesse disponível acerca de ambos, mas, a informação requisitada pela Irlanda sobre o MOX e negada, estaria normalmente disponível no mercado de combustível UOX; os preços do combustível MOX permaneceriam mais altos que os do combustível UOX, em qualquer situação de mercado, da mesma forma, haveria custos adicionais para o combustível MOX, em relação ao combustível UOX; teoricamente, o combustível MOX poderia, no longo prazo, tornar-se mais barato e competir com o urânio, mas o mercado do combustível MOX, por não ser competitivo, como se alegou, dificultaria a verificação dos preços pelo mercado, de modo que, seria improvável uma reversão da situação atual, no que toca aos preços; no longo prazo, como seria difícil para o combustível MOX tornar-se competitivo, em relação ao urânio, com a utilização do insumo plutônio isolado com custo zero, tenderia a ser mais difícil competir, quando uma aumento substancial do custo do plutônio isolado, entrasse na equação<sup>2741</sup>.

---

<sup>2740</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.10.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2741</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.10/11.Acesso em 18/01/2016.



O relatório McKerron também teria tratado da ausência de competição no interior do mercado do combustível MOX. Afirmou-se que o único competidor em potencial seria a COGEMA, o que não teria sido negado pelo Reino Unido<sup>2742</sup>.

Porém, o Perito Varley teria alegado existir dois tipos de competição: a competição cabeça-a-cabeça, ou seja, a competição no interior do mercado MOX; e a competição indireta, na qual, clientes pressionariam ambas as empresas, através de substituições, “*swaps*”, empréstimos e “*assignments*”. O referido relatório teria os seguintes pontos-chave: o primeiro deles é o de que, ao invés da competição direta, as partes aceitariam ser possível transportar o plutônio separado dos clientes, entre Sellafield e a França. Entretanto, a licença para que isso ocorresse levaria, pelo menos, cinco anos, para ser obtida. Assim mesmo, se é que fosse – o que teria se tornado mais duvidoso, depois do Onze de Setembro. O custo desse transporte deveria compensar financeiramente, mas não compensaria<sup>2743</sup>.

O segundo ponto-chave do relatório teria dito que a possibilidade de competição indireta seria totalmente hipotética, somente sendo realmente possível em pequena escala, necessitando do acordo, tanto da BNFL, quanto da COGEMA, não necessariamente, minando o poder da BNFL no mercado, em razão da posse do plutônio isolado<sup>2744</sup>.

Em terceiro lugar, o mercado de longo prazo dos contratos de reprocessamento conjunto seria incerto, pelo lado da demanda, como resultado da competição com a estocagem, a outra – e mais favorecida - opção de lidar com o plutônio separado. À exceção de usinas de MOX planejadas para os Estados Unidos e a Rússia, que disporiam exclusivamente de plutônio de origem militar, em bases não-comerciais, os únicos mercados factíveis seriam a França e o Japão. O próprio Perito Varley teria considerado que as perspectivas de ganhar negócios na França seriam negligenciáveis. Sobraria apenas o Japão, mas esse país estaria, correntemente, construindo usinas MOX, para lidar com o seu próprio plutônio isolado<sup>2745</sup>.

Em quarto lugar, havia mais fatores, tornando inviável a competição entre a BNFL e a COGEMA: elas teriam uma história de colaboração próxima, as barreiras à entrada para as novas empresas seriam extraordinariamente altas, além de poderem vir a maximizar os seus lucros, se colaborassem em algum nível. Assim, o comportamento competitivo seria apenas mais uma possibilidade<sup>2746</sup>.

---

<sup>2742</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.11. Acesso em 18/01/2016.

<sup>2743</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.11. Acesso em 18/01/2016.

<sup>2744</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.11. Acesso em 18/01/2016.

<sup>2745</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.11/12. Acesso em 18/01/2016.

<sup>2746</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.12. Acesso em 18/01/2016.

Logo, como o urânio não competiria com o combustível MOX, bem como, porque não existiria no curto prazo, nem seria provável que viesse a existir no longo prazo, a competição no limitado mercado do combustível MOX, a liberação das informações não poderia criar um prejuízo à posição da BNFL em relação aos competidores<sup>2747</sup>.

Também afirmou a réplica que o Relatório McKerron teria destacado a impossibilidade da disponibilização das informações vir a prejudicar a posição da BNFL, em relação aos clientes da empresa. Sem embargo, a liberação da informação sobre os preços médios da empresa não teria como prejudicar a posição da empresa em relação a eles, porque um leque bem diferenciado de preços seria cobrado dos diferentes clientes. O Relatório McKerron teria enumerado os seguintes motivos: em primeiro lugar, o próprio Perito Varley teria mencionado que a sua empresa venderia, regularmente, informações sobre os custos, preços e outras informações comerciais, relacionadas à usina MOX. Logo, os clientes interessados poderiam, pura e simplesmente, comprar as referidas informações, se tivessem interesse nelas<sup>2748</sup>.

Em segundo lugar, se o mercado do combustível MOX fosse um mercado realmente competitivo, a BNFL seria capaz de cobrar preços diferentes, para diferentes clientes, se existissem reais diferenças de custo. Nenhuma quantidade de informações tornadas públicas sobre os preços médios poderia mudar essa possibilidade<sup>2749</sup>.

Além disso, para contratos conjuntos, de longo prazo, de reprocessamento do combustível MOX, qualquer cliente, que continuasse no mercado, seria, certamente, um daqueles que teria assinado contrato com a COGEMA ou com a BNFL, incluindo os clientes japoneses, que teriam financiado grande parte das usinas de reprocessamento de ambas. Eles já possuiriam conhecimentos detalhados dos custos e preços do combustível MOX, não ganhando nada, por saber dos preços médios, como teria concluído o Relatório McKerron<sup>2750</sup>.

Outros assuntos teriam sido abordados no Relatório McKerron. Lembrou a réplica que o Relatório Wadsworth teria afirmado que a informação comercialmente confidencial seria relacionada às entradas do modelo econômico da usina MOX e as suas correspondentes saídas. Então, o Relatório McKerron teria concluído que essa seria uma admissão de que, sem a dita informação, o estudo econômico relativo à usina de Sellafield não teria como ser conhecido. Assim, teria sido contrariado o artigo 6º da Diretiva 80/836/EURATOM e o artigo 6º da Diretiva 96/269. A Irlanda, que teria um interesse nas consequências ambientais da

---

<sup>2747</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.12](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.12). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2748</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.12](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.12). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2749</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.12](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.12). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2750</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.12](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.12). Acesso em 18/01/2016.

usina de Sellafield, bem como, se haveria uma justificção econômica para a sua existência, estaria impossibilitada de saber, sem a referida informção omitida<sup>2751</sup>.

Isso tornaria clara a importância da informção omitida, para o procedimento de justificção objetivo e transparente, bem como, para a impossibilidade de levar a frente tal procedimento, sem a informção omitida<sup>2752</sup>.

O Relatório McKerron também teria mencionado que as provas do Reino Unido, em momento algum, se refeririam ao Anexo A do Primeiro Relatório McKerron, o qual teria examinado, em detalhes, a fundamentação contida na carta de 13/09/2001, que teria sido a única fonte de esclarecimentos, com um grau mínimo de detalhe, fornecida pelo Reino Unido, antes do contra-memorial. O referido Apêndice A, do Primeiro Relatório, teria fornecido argumentos detalhados, a demonstrar que os fundamentos da carta seriam completamente pouco convincentes, de modo que, seria de esperar, segundo a ótica irlandesa, que o Reino Unido se referisse a ele, com certo grau de detalhamento. Notou a Irlanda que, enquanto o Dr. Varley teria comentado cada aspecto do Relatório McKerron, não o teria feito em relação ao dito Apêndice A<sup>2753</sup>.

O Segundo Relatório McKerron, posteriormente, teria feito notar que a evidência submetida pelo Reino Unido, com o contra-memorial, mencionaria, pela primeira vez, o argumento de que a revelação de qualquer informção sobre custos traria vantagens estratégicas para clientes e competidores. Observou que esse argumento não teria sido jamais mencionado na correspondência entre as partes, tendo comentado que não teria sido feita qualquer referência aos custos de produção, sendo não-razoável que, em um mercado competitivo, fosse a empresa solicitada a revelar a sua estrutura de custos em detalhe, especialmente, se a tecnologia subjacente no dito mercado fosse heterogênea. Entretanto, teria sido comprovado que a Cogema e outras empresas no mesmo mercado de geração de energia a partir de combustível nuclear, publicariam informções relacionadas a seus custos e outras variáveis, acerca das quais, o contra-memorial do Reino Unido, reclamaria confidencialidade comercial<sup>2754</sup>.

No caso do mercado do combustível MOX, que segundo a Irlanda, sequer seria competitivo, como também teria sido comprovado, bem como, pelo fato de existir de uma história de intercâmbio de informção tecnológica entre a BNFL e a Cogema, o que teria sido admitido pelo Reino Unido - porque a cooperação técnica, nesse virtual duopólio, poderia

---

<sup>2751</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.12/13](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.12/13). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2752</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.13](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.13). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2753</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.13](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.13). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2754</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.13](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.13). Acesso em 18/01/2016.

evitar cara duplicação de esforços -, o argumento se tornaria completamente inócuo para convencer<sup>2755</sup>.

Em conclusão, a réplica irlandesa teria afirmado que, diante das evidências trazidas pelo Reino Unido, no que toca aos aspectos competitivos do mercado MOX, as alegações da Irlanda permaneceriam as mesmas. Haveria inúmeras contradições nos argumentos do Reino Unido, admissões de dano, omissões notáveis e argumentos fracos, que teriam sido levantados pela primeira vez<sup>2756</sup>.

O Segundo Relatório McKerron, por seu turno, em apoio à réplica, teria concluído que: a confidencialidade comercial não se aplicaria, quando não haveria competição, bem como, quando clientes e potenciais clientes não teriam como obter qualquer vantagem da revelação de tais informações; o combustível MOX não competiria no mercado geral de combustível nuclear, porque seria mais caro que o combustível UOX e mais caro para ser utilizado, inexistindo uma perspectiva realista de que isso viesse a mudar; no mercado relevante do combustível não existiria competição entre os dois únicos produtores significativos (BNFL e Cogema), no curto prazo, no qual, os clientes já teriam realizado as suas encomendas de reprocessamento, devendo ser lembrado que o plutônio do cliente, que seria reprocessado, ficaria no poder do reprocessador. Por outro lado, no longo prazo, quando poderia se dar o reprocessamento conjunto do combustível MOX, as perspectivas para novos negócios da BNFL seriam muito pobres. Alegou o Segundo Relatório McKerron que, na improvável hipótese de tais contratos de reprocessamento conjunto viessem a existir, a competição seria apenas uma das possíveis configurações desse mercado relevante, bem como, o elemento de reprocessamento ainda seria dominante no contrato, de modo que, nem o único competidor da BNFL, nem os clientes, poderiam obter qualquer vantagem da abertura dessa informação. Haveria, ainda, um novo dado. O recente anúncio do Governo do Reino Unido de que qualquer futuro contrato teria de passar por um teste adicional, no sentido de que não conflitaria com a estratégia de limpeza do sítio de Sellafield, tornaria a possibilidade desses novos contratos virem a existir, cada vez mais, remota<sup>2757</sup>.

Com relação ao direito nacional e internacional, observou a réplica que o Reino Unido não teria comentado, de forma alguma, o Caso Aventis, que teria sido trazido à Corte pela Irlanda, no qual, o próprio Reino Unido protestaria por uma definição mais estrita de confidencialidade comercial. O argumento levantado pelo Reino Unido, perante o tribunal

---

<sup>2755</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.14](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.14). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2756</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.14](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.14). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2757</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.14/15](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.14/15). Acesso em 18/01/2016.

arbitral OSPAR, não se coadunaria com a sua argumentação naquele outro caso, porque, neste, justificaria a negativa no fornecimento das informações, com base em legislação doméstica. No Caso *Aventis*, o Reino Unido teria dito que a legislação doméstica somente deveria ser interpretada, para dar uma proteção mínima para a alegada informação sob confidencialidade comercial<sup>2758</sup>.

A réplica irlandesa considerou que os precedentes domésticos, trazidos aos autos, pelas partes, confirmariam um forte reconhecimento dos princípios aplicáveis invocados pela Irlanda, indicando, igualmente, que cada caso deveria ser decidido, no seu mérito, em particular, a questão de fato, se a revelação da informação pudesse causar dano substancial. Os precedentes em questão, segundo a réplica, não indicariam que as informações solicitadas pela Irlanda deixariam de ser apresentadas, em quaisquer das jurisdições. Quanto a tal aspecto, a Irlanda considerou que o Caso "*London Regional Transport*" seria significativo, porque traria princípios que deveriam ser aplicados, sempre que um órgão público tentasse suprimir informação relativa a algum assunto de interesse público legítimo. Naquela ocasião, a corte julgadora teria confirmado que haveria um grande interesse público no livre fluxo de informações, em uma sociedade democrática, no que toca a assuntos politicamente controversos. Também se teria considerado que a existência de acordo de confidencialidade não seria determinante, uma vez que o tribunal ainda teria poderes para adentrar ao mérito, para avaliar a natureza da informação, o interesse público e para fazer as suas próprias análises sobre esse mérito<sup>2759</sup>.

Também aduziu a réplica que o Reino Unido teria questionado a referência feita, no memorial irlandês, ao Direito e à prática internacionais, para auxiliar na interpretação e aplicação do artigo 9(3) da Convenção OSPAR. O Reino Unido, segundo a réplica, estaria interpretando essa referência ao Direito e à prática internacionais como sendo regulações internacionais, que teriam ou poderiam ter sido adotadas, relativamente a assuntos expostos nos subparágrafos "a" *usque* "g" e que seriam vinculantes para as partes contratantes. No entanto, o Reino Unido aceitaria que o termo "confidencialidade comercial ou industrial" não seria definido pela Convenção OSPAR, de 1992, de modo que, para construir esse conceito, o tribunal precisaria de auxílio de provisões similares de outros instrumentos internacionais e de outros direitos nacionais<sup>2760</sup>.

---

<sup>2758</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.15.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2759</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.15.Acesso em 18/01/2016.

<sup>2760</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf).p.15.Acesso em 18/01/2016.

A posição da Irlanda foi a de que as “regulações internacionais”, lá referidas, incluiriam todos os instrumentos relacionados ao meio-ambiente e ao acesso à informação, que teriam sido mencionados no memorial. No entanto, o sentido dos termos utilizados nesses instrumentos não seria autoexplicativo, dependendo do contexto, o que, nessa situação, significaria o “desenvolvimento do Direito Internacional e da sua prática”, no que toca ao acesso à informação. Documentos como o projeto de uma nova diretiva europeia e a Convenção de Aarhus - que tanto a Irlanda, quanto o Reino Unido teriam assinado e estariam em processo de ratificação – ilustrariam a compreensão da comunidade internacional, em tentativas prévias de definir e regular o assunto. Eles refletiriam um entendimento coletivo sobre qual informação poderia ser mantida fora do alcance do público. Entendeu a réplica que o tribunal teria poderes para investigar o atual Direito Internacional e a sua prática, para avaliar quando a exceção de confidencialidade comercial poderia ser invocada<sup>2761</sup>.

Nesse diapasão, fez a Irlanda referência à manifestação da Corte Internacional de Justiça, como teria sido posta no Caso Gabcikovo-Nagymaros, onde se teria afirmado que “novas normas e padrões foram desenvolvidos, advindos em um grande número de instrumentos, durante as duas últimas décadas”, que “tais normas novas devem ser levadas em consideração e que os padrões fornecem novas ponderações, para quando os Estados contemplam atividades novas, mas também, prosseguem com atividades iniciadas no passado”. Argumentou a Irlanda que essa abordagem seria igualmente aplicável a padrões procedimentais, de modo que, a Convenção de Aarhus, que teria sido assinada, seria aplicável, informando o conteúdo das condições nas quais a confidencialidade comercial deveria ser aplicada como uma exceção<sup>2762</sup>.

Alegou, ainda, que a Irlanda não negaria que a confidencialidade comercial seria uma exceção reconhecida à liberdade de informação, mas que, apenas, não aceitaria as conclusões a que teria chegado o Reino Unido, a partir da revisão dos instrumentos internacionais referidos, porque o cerne verdadeiro da questão diria respeito a se a publicação da informação poderia vir a causar dano aos interesses comerciais da BNFL<sup>2763</sup>.

No que toca à revisão da legislação doméstica, a Irlanda teria afirmado, em sua réplica, que, dos exemplos que teriam sido trazidos por ambas as partes, haveria um largo reconhecimento de simples princípios: que, *a priori*, a informação deveria ser disponibilizada e não retida; que restrições ao acesso à informação, baseadas em confidencialidade comercial,

---

<sup>2761</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-%20Reply.pdf.p.15/16](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-%20Reply.pdf.p.15/16). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2762</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-%20Reply.pdf.p.16](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-%20Reply.pdf.p.16). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2763</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-%20Reply.pdf.p.16](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-%20Reply.pdf.p.16). Acesso em 18/01/2016.

deveriam ser fortemente fundamentadas; que o ônus da prova, de que a revelação da informação causaria dano, seria de quem quisesse limitar o acesso; e que a corte ou tribunal deveria acessar a evidência, para formar a sua própria convicção sobre o mérito, no sentido de que a competição seria substancialmente prejudicada, caso a informação fosse revelada<sup>2764</sup>.

#### 1.4 A Tréplica do Reino Unido<sup>2765</sup>

A tréplica do Reino Unido, de 28/08/2002, por seu turno, abordou o papel e as funções do tribunal; sobre a existência de um eventual direito de obter informações; a finalidade do artigo 9(2) da Convenção OSPAR; as questões jurídicas relevantes para a confidencialidade comercial; as questões fáticas relacionadas à confidencialidade comercial. A tréplica teria trazido em anexo o Segundo Relatório Wadsworth, o Segundo Relatório Varley e o segundo testemunho Rycroft.

Afirmou a tréplica do Reino Unido que a réplica irlandesa teria ignorado, totalmente, o artigo 292 do Tratado que teria estabelecido a Comunidade Europeia, apesar de haver indicado que o faria oralmente. Além disso, a réplica, da mesma forma que o memorial, cometeria inúmeras imprecisões, dentre as quais, a de afirmar que o Reino Unido reconheceria que o cerne da questão seria decidir, se a informação glosada dos relatórios PA e ADL poderia sê-lo, com base em confidencialidade comercial. Na realidade, detalhou a tréplica, que o Reino Unido questionaria o memorial em três itens: que o artigo 9º da Convenção OSPAR não criaria um direito de receber informação diretamente; que o material glosado não seria “informação”, no sentido do artigo 9(2) da referida convenção e que a finalidade do tribunal seria determinar se o Reino Unido teria agido de forma correta, dentro do seu espaço discricionário, em reter a informação<sup>2766</sup>.

Afirmou, ainda, que a Irlanda teria continuado se utilizando do termo “informação ambiental”, como se tivesse sido retirado do artigo 9º da Convenção OSPAR, mas, isso não seria encontrado no texto da dita convenção<sup>2767</sup>.

Além disso, a Irlanda reiteraria na réplica a afirmação de que deveria ser fornecida a informação glosada dos relatórios PA e ADL, para descobrir, em qual extensão, teria sido retirado do custo de produção da usina THORP, o estoque de plutônio, que teria sido destinado à usina MOX. Mas, nenhuma informação sobre a usina THORP teria sido glosada destes relatórios<sup>2768</sup>.

---

<sup>2764</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland %20-20%Reply.pdf.p.16/17](http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-20%Reply.pdf.p.16/17). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2765</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK %20-20%Rejoinder.pdf.p.1/14](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf.p.1/14). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2766</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK %20-20%Rejoinder.pdf.p.1](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf.p.1). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2767</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK %20-20%Rejoinder.pdf.p.2](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf.p.2). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2768</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK %20-20%Rejoinder.pdf.p.2](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf.p.2). Acesso em 18/01/2016.

Também se afirmou, em tréplica, que a Irlanda teria dito que teria o direito de obter as informações glosadas, para poder determinar as consequências ambientais da planta MOX, porém, a matéria dos relatórios PA e ADL não diriam respeito a esse assunto, mas, à análise econômica da BNFL sobre tais plantas. A decisão ministerial de 03/10/2001 não teria sido a de que a usina MOX produziria certas consequências ambientais, mas, a de que o processo de fabricação do combustível MOX seria justificável<sup>2769</sup>.

De qualquer modo, a Convenção OSPAR não conferiria à Irlanda o direito a toda informação fornecida ao Reino Unido, para o propósito de realizar a sua própria análise do projeto econômico, da planta da usina MOX<sup>2770</sup>.

A réplica da Irlanda teria repetido o argumento, que a tréplica afirmou falacioso, de que, uma vez que o memorial teria situado o direito à informação em catorze categorias e o Reino Unido, em um número menor, haveria um corpo residual de informações, cuja glosa, não teria sido justificada. Não haveria cinco tipos de informação, não incluídas dentre as oito categorias referidas pelo Dr. Varley<sup>2771</sup>.

A tréplica, porém, admitiu que a réplica traria um argumento novo, aquele relacionado a um documento oficial do Reino Unido, denominado “Gerenciando o Legado Nuclear: Uma Estratégia de Ação”, que apresentaria a estratégia governamental, para o efetivo gerenciamento da responsabilidade civil do setor público. Esse documento, segundo a Irlanda, confirmaria que a operação da unidade MOX não seria tratada como uma operação comercial normal. Mas, o documento não diria isso, pelo contrário, afirmando que o funcionamento da planta seria fortemente positivo, em comparação ao seu fechamento<sup>2772</sup>.

Como a tréplica não inova, não é o caso de transcrever o seu conteúdo, com maior detalhamento.

### 1.5 As Decisões Interlocutórias Proferidas

A primeira decisão interlocutória<sup>2773</sup>, proferida pelo tribunal arbitral, constituído segundo a Convenção OSPAR, em razão do requerimento irlandês, de 15/06/2001, disse respeito ao estabelecimento das regras de procedimento, mercê do acordo entre as partes, cujos detalhes foram esmiuçados – inclusive, um curioso acordo sobre confidencialidade. A dita decisão deu-se em 21/02/2002 e continha em anexo uma cópia das regras acordadas,

---

<sup>2769</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK %20-20%Rejoinder.pdf.p.2](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf.p.2). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2770</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK %20-20%Rejoinder.pdf.p.2](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf.p.2). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2771</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK %20-20%Rejoinder.pdf.p.2/3](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf.p.2/3). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2772</sup> [www.pca-cpa.org/upload/files/UK %20-20%Rejoinder.pdf.p.3](http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-20%Rejoinder.pdf.p.3). Acesso em 18/01/2016.

<sup>2773</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no1.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no1.pdf). p.1. Acesso em 19/01/2016.



devendo ser observado que as tratativas, para que tais regras fossem pactuadas levaram, aproximadamente, oito meses.

A segunda decisão interlocutória<sup>2774</sup>, datada de 12/10/2002, tratou da condução das audiências, bem como, do acesso às versões integrais dos Relatórios PA e ADL. Estabeleceu-se que as audiências deveriam ocorrer, de 21 até 25/10/2002, com duas sessões por dia, traçando-se uma ordem de apresentação. O Reino Unido concordou em fornecer aos árbitros e à secretaria cópias dos relatórios integrais, com as partes glosadas em destaque, os quais deveriam ser mantidos confidenciais, devolvendo-se as vias ao Reino Unido, ao final do procedimento.

Por sua vez, a terceira decisão interlocutória<sup>2775</sup>, datada de 18/10/2002, estabeleceu os procedimentos para o acesso às versões integrais dos Relatórios PA e ADL. Em especial, sobre a necessidade da Irlanda manter a confidencialidade, com relação às notas feitas, no curso das audiências.

No que se refere à quarta decisão interlocutória<sup>2776</sup>, datada de 21/10/2002, tratou do acesso do perito McKerron às versões integrais dos Relatórios PA e ADL, tendo o requerimento sido indeferido, até aquele momento.

Por fim, a quinta decisão interlocutória<sup>2777</sup>, datada de 24/01/2003, solicitou o ponto de vista das partes sobre a potencial relevância da terceira categoria do artigo 9(2) da Convenção OSPAR, para a solução da questão sobre a finalidade do dito artigo 9º, até o dia 21/02/2003.

#### 1.6 A Decisão Final<sup>2778</sup>

A decisão final, de 02/07/2003, em sua introdução<sup>2779</sup>, situa o cerne da controvérsia, em poucas palavras, no “acesso à informação, como definido pela Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho do Nordeste do Atlântico – OSPAR”.

Para solucionar a controvérsia, por conseguinte, a decisão final inicia pela Convenção OSPAR, descrevendo os artigos que considera os mais relevantes<sup>2780</sup>. A seguir, passa para uma análise do aspecto factual<sup>2781</sup>, sobre o qual, ela se baseia. Assim, narrou a decisão final o roteiro para a conclusão da usina de Sellafield, que foi concluída em 1996.

<sup>2774</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no2.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no2.pdf). p.1/2. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2775</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no3.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no3.pdf). p.1. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2776</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no4.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no4.pdf). p.1. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2777</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no5.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no5.pdf). p.1. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2778</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.1/109. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2779</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.1. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2780</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.1/8. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2781</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.9/18. Acesso em 19/01/2016.

Mais adiante, a decisão final afirma que a Irlanda e o Reino Unido são, ambos, partes do Tratado EURATOM, o tratado que estabeleceu a Comunidade Europeia de Energia Atômica, o qual, por sua vez, inclui um abrangente sistema regulatório para o planejamento do despejo de resíduos radioativos, em especial, o artigo 37, que prevê a apresentação de um plano de despejos radioativos para a Comissão Europeia, que tem seis meses para responder<sup>2782</sup>.

Em função desse artigo, a Corte Europeia de Justiça, no Caso "*Saarland versus Ministro da Indústria*" teria explicado o propósito do referido artigo, como descreve a decisão final, que seria o de prover a Comissão com informações detalhadas de cada plano e cada atividade passível de causar vazamentos acidentais, podendo essa Comissão avaliar as repercussões sobre o ambiente de outros Estados-membros<sup>2783</sup>.

Prossiguiu a decisão final, afirmando que o Reino Unido, em 02/08/1996, submeteu a informação referida pelo artigo 37 da Convenção EURATOM à Comissão Europeia, a qual emitiu a sua opinião no dia 25/02/1997, no sentido de que os rejeitos constituiriam uma fração do limite máximo permitido, de modo que, a exposição da população de outros Estados-membros, notadamente, a Irlanda, seria negligenciável, do ponto de vista da saúde. A mesma conclusão seria válida para o caso de vazamento, na hipótese de acidentes<sup>2784</sup>.

Uma vez superada essa fase crítica, ainda havia outros requisitos a serem preenchidos, sob a égide do Direito Nuclear Europeu e do direito interno, para serem postos em prática, antes que a planta pudesse operar. A agência doméstica, que deveria aprovar o funcionamento da usina, teria de assegurar a viabilidade econômica da operação daquela, tendo em vista os riscos ambientais informados, de acordo com a Diretiva 96/29 EURATOM, artigo 6(1)<sup>2785</sup>.

Ressalva a decisão final que, muito embora o ato legal interno, o Ato de Substâncias Radioativas do Reino Unido, de 1993, não requeira tal justificação, jurisprudencialmente, entendeu-se ser necessária, conforme o precedente do Caso "*R versus Secretario de Estado de Meio-Ambiente*", ainda fazendo-se referência à Diretiva EURATOM 80/836. Para tanto, a partir de 1997, a Agência de Meio-Ambiente do Reino Unido realizou várias consultas públicas de justificação econômica<sup>2786</sup>.

Seguiu a decisão final, fazendo menção à carta de 05/02/1997, da mencionada agência, na qual, declarou que os rejeitos seriam mínimos. Da mesma forma, afirmou que dados sobre

---

<sup>2782</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.12. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2783</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.12/13. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2784</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.13. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2785</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.13/14. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2786</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.14. Acesso em 19/01/2016.

rejeitos líquidos e aéreos foram incluídos no requerimento, apesar do foco estar na justificativa econômica. Também há referência ao documento “*Sellafield MOX Plant*”, oriundo da BNFL, identificado como sendo o documento da consulta pública, no qual, ao mencionar os rejeitos, afirma que serão tratados, para que, após todo o monitoramento, sejam despejados no mar<sup>2787</sup>.

Também lembrou a decisão final que a Irlanda participou da primeira consulta pública como respondente. Na sua petição datada de 04/04/1997, a Irlanda teria afirmado ser contra o funcionamento da usina MOX, porque iria perpetuar a indústria de reprocessamento de combustível nuclear na Grã-Bretanha e por conta dos inaceitáveis despejos marinhos radioativos adicionais de Sellafield, no Mar da Irlanda, em decorrência de tal produção. Foram listadas várias preocupações específicas sobre a usina proposta, incluindo o fato da qualidade da informação disponível para consulta ser deficiente, em muitos aspectos<sup>2788</sup>.

As consultas iniciais foram seguidas por outras rodadas de consultas públicas, porque vários respondentes estavam preocupados com o fato da BNFL não ter disponibilizado para domínio público informações comerciais suficientes, para justificar a instalação e operação da planta industrial. Outros respondentes teriam questionado sobre os movimentos de combustível MOX por ar, mar ou terra, se poderia ser transportado em segurança. Outros, ainda, referiram-se à questão da não-proliferação (de armas nucleares) e outras preocupações de segurança<sup>2789</sup>.

A decisão final também lembrou que a agência determinou à BNFL que providenciasse informações adicionais, na forma de um estudo econômico, que pudesse ser examinado, de forma independente. Teriam sido convidados proeminentes consultores financeiros e foi selecionado o Grupo de Consultoria PA, para realizar um estudo detalhado e a agência solicitou ao grupo PA que separasse a informação que seria comercialmente sensível daquela que pudesse ser disponibilizada ao público externo<sup>2790</sup>.

A versão integral do relatório PA teria sido submetida à BNFL e, conforme a solicitação da agência, à vista do Ato de Substâncias Radioativas, foi separada a informação que deveria ser glosada, sendo publicado o Relatório PA, de 1997, o qual, segundo a corte, deu uma detalhada explicação dos motivos da glosa, com base em confidencialidade

---

<sup>2787</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.14/15. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2788</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.15/16. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2789</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.16. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2790</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.16. Acesso em 19/01/2016.

comercial, nos termos da seção 4(2) das Regulações de 1992, sobre Informação Ambiental, do Reino Unido<sup>2791</sup>.

Acerca do tema “confidencialidade comercial”, a corte observou que a seção 4(2) das ditas Regulações de 1992 diz que a informação relacionada a matérias que se liguem a qualquer confidencialidade comercial ou industrial deve ser assim tratada. Nesse sentido, o Relatório PA teria identificado uma série de critérios específicos, que pudessem determinar se a revelação de determinadas informações poderia prejudicar determinados interesses da BNFL: a informação não poderia ser posta em domínio público, caso permitisse ou auxiliasse os competidores a ocupar uma fatia de mercado ou a financiar as suas próprias operações; a atacar a base de clientes da BNFL e erodir a lucratividade do negócio; a permitir a entrada de novos competidores no mercado; a permitir que clientes ou competidores compreendam a lógica econômica e os processos do negócio de fabricação de combustível MOX; e a quebrar a confidencialidade estabelecida contratualmente com clientes ou fornecedores<sup>2792</sup>.

Além disso, a informação não poderia ser disponibilizada ao público, caso pudesse violar requisitos de segurança e salvaguardas, no que se refere às quantidades de plutônio, locais de armazenamento e transporte<sup>2793</sup>.

Afirmou a corte que, muito embora a Irlanda não se refira a qualquer das glosas do relatório, afirmou, no curso da segunda consulta pública, que ele seria imprestável para o fim de comprovar ser justificável a implantação e o funcionamento da planta industrial. Como consequência, a agência ambiental, em outubro de 1998, publicou uma proposta de decisão, onde constava informação sobre as doses de radiação decorrentes dos despejos da usina, que seriam negligenciáveis, do ponto de vista da saúde pública, bem como, que o balanço entre vantagens e prejuízos seria “largamente neutro”, em termos de descargas radioativas, gerenciamento de rejeitos, saúde e segurança nas operações de transporte, segurança nos reatores, impacto radiológico, desenvolvimento sustentável, proliferação de armas nucleares e estoques de plutônio<sup>2794</sup>.

Notou a corte que a Irlanda, então, fez mais representações, o que levou a uma decisão ministerial, de junho de 1999, a qual liberou uma versão do Relatório PA, já contendo uma parte do material anteriormente glosado, tendo determinado a realização de uma terceira consulta pública. O Departamento do Meio-Ambiente, Transporte e Regiões, bem como, o Ministério da Agricultura, Pesca e Alimentos teriam convidado os interessados a se

---

<sup>2791</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.16/17. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2792</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.17. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2793</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.17. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2794</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.18. Acesso em 19/01/2016.

manifestar sobre os aspectos econômicos do empreendimento. A Irlanda apresentou comentários, fez algumas objeções e solicitou o acesso à versão integral, em 30/07/1999<sup>2795</sup>.

Ao fazê-lo, teria alegado que as informações disponibilizadas seriam insuficientes para se saber se a usina MOX seria justificável economicamente, no sentido da Diretiva 80/836 EURATOM. De igual modo, teria invocado o cumprimento da Diretiva da Comunidade Europeia 90/313 EEC, que trata da liberdade de acesso à informação ambiental<sup>2796</sup>.

Ocorre, que os procedimentos em questão foram interrompidos, em 1999, porque a BNFL teria descoberto que as leituras do diâmetro do combustível peletizado, da instalação protótipo da MOX, teriam sido falsificadas, tendo o fato sido reportado para o inspetorado da instalação nuclear<sup>2797</sup>.

Afirmou a corte que a Convenção OSPAR teria sido, pela primeira vez, mencionada pela Irlanda, relativamente PA informação glosada do Relatório PA, somente em 25/05/2000, quando escreveu ao Departamento do Meio-Ambiente, Transporte e Regiões, invocando o artigo 9º, ao requerer o acesso. A carta teria sido respondida pelo departamento em tela, em 27/10/2000, afirmando-se que o governo do Reino Unido não teria a intenção de prejudicar os interesses comerciais de uma empresa, revelando informações confidenciais, sob o ponto de vista comercial<sup>2798</sup>.

Uma quarta consulta pública teria se iniciado em março de 2001, já sob a égide da Diretiva 96/29 EURATOM, que entrou em vigor em maio de 2000. O relatório foi revisado, para corrigir os dados falsificados anteriormente, o que motivou a novo convite aos interessados. Isso motivou uma petição detalhada da Irlanda, de 22/05/2001, na qual, se afirmava a impossibilidade de avaliar a justificção econômica da usina MOX, com as glosas, bem como, que, diante da negativa no fornecimento dos dados solicitados, a Irlanda iria tomar as providências judiciais cabíveis<sup>2799</sup>.

Mais tarde, em 2001, a BNFL preparou um novo relatório confidencial para a consideração dos órgãos públicos envolvidos, sobre o aspecto econômico da usina MOX. A consultoria contratada, a ADL, remeteu uma via integral do relatório e outra, editada, com glosas, a qual foi rejeitada pela BNFL. Uma decisão final sobre as glosas foi tomada, no nível ministerial, sendo a versão glosada proposta, disponibilizada ao público, em julho de 2001. Foi informado pelos órgãos públicos em questão, que as informações omitidas teriam sido

---

<sup>2795</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.18/19.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2796</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.19.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2797</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.19.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2798</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.19.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2799</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.19/20.Acesso em 19/01/2016.

excluídas, porque poderiam causar dano irrazoável às operações comerciais da BNFL ou ao projeto econômico da usina MOX<sup>2800</sup>.

Uma quinta consulta pública ocorreu em agosto de 2001, tendo a Irlanda requerido novamente uma versão integral do Relatório ADL, no dia 07/08/2001, com o fito de realizar um estudo econômico independente, tendo novamente manifestado oposição à usina MOX, sem entrar em maiores detalhes sobre o Relatório ADL<sup>2801</sup>.

No dia 03/10/2001, uma decisão aprovou a usina MOX de Sellafield, o que teria motivado uma ação do Greenpeace, no Reino Unido, bem como, uma petição da Irlanda ao Tribunal Internacional de Direito do Mar (ITLOS), para obter medidas provisionais, restringindo a instalação da planta industrial, o que teria sido rejeitado, após a audiência<sup>2802</sup>.

Como decorrência, a Irlanda passou a alegar que o Reino Unido estaria obrigado a fornecer as informações solicitadas, com base no artigo 9º da Convenção OSPAR, o que fez com que, em 15/06/2001, fosse solicitado pela Irlanda a constituição de um tribunal arbitral, com base no artigo 32. Foi afirmado, então, que o Reino Unido teria sido previamente notificado sobre a existência da disputa, acerca da interpretação e aplicação da Convenção OSPAR e que houve a tentativa diplomática de solucionar a disputa, através de meios diplomáticos bilaterais<sup>2803</sup>.

Na sua carta de 07/08/2001, apresentada, quando a quinta consulta pública, a Irlanda asseverou que, caso não fornecida a via integral do Relatório ADL, a Irlanda se reservaria ao direito de recorrer à arbitragem, tendo o departamento responsável do Reino Unido respondido que a informação solicitada não estaria abrangida no escopo do artigo 9(2) da Convenção OSPAR<sup>2804</sup>.

Já instalado o tribunal arbitral, as partes apresentaram os seus argumentos— já transcritos em detalhes neste trabalho -, afirmando a corte que, do arrazoado das partes, teriam surgido três questões sequenciais, que deveriam ser respondidas no procedimento: 1 - Se o artigo 9(1) da Convenção OSPAR determina à parte contratante a revelação das informações ou a abertura de um procedimento para decidir sobre essa revelação de informações, no sentido do artigo 9(2) da Convenção OSPAR? ; 2 – Caso positivo, o material referido pela

---

<sup>2800</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.20. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2801</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.21. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2802</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.21. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2803</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.21. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2804</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.21/22. Acesso em 19/01/2016.

Irlanda constituiria informação, no sentido do artigo 9(1) da Convenção OSPAR? ; e 3- Caso positivo, as glosas feitas pelo Reino Unido contrariariam os termos do artigo 9º?<sup>2805</sup>

Em seguida, a decisão final recordou a história procedimental do caso, em especial, dando ênfase às decisões interlocutórias anteriormente referidas<sup>2806</sup>.

No mérito, o tribunal arbitral rejeitou o requerimento do Reino Unido, acerca da alegada ausência de jurisdição da corte, para decidir o caso; rejeitou o requerimento do Reino Unido, para que a reclamação irlandesa fosse inadmitida; por maioria, rejeitou a alegação do Reino Unido de que o artigo 9(1) da Convenção OSPAR se dirigiria exclusivamente à autoridades competentes do Reino Unido, não para um tribunal arbitral da OSPAR; por maioria, rejeitou a reclamação irlandesa, pelo fato da informação solicitada não estar abrangida pelo artigo 9(2), da Convenção OSPAR; e, por maioria, foi rejeitada a reclamação irlandesa, de que o Reino Unido teria violado as obrigações contidas no artigo 9º, da Convenção OSPAR<sup>2807</sup>.

No que toca ao direito aplicável, o tribunal arbitral entendeu que o seu primeiro dever seria aplicar a Convenção OSPAR, porque um tribunal internacional aplicaria o costume internacional e os princípios gerais do Direito Internacional, caso e na medida em que, as partes houvessem criado um direito especial. Mesmo assim, deveria levar em conta um *jus cogens* relevante, que pudesse ser inconsistente com o direito especial das partes<sup>2808</sup>.

Afirma, porém, o tribunal arbitral, que a petição da Irlanda é de uma ordem diversa, porque pretende a aplicação de outros instrumentos de direito internacional convencional. Mas, a falta de uma frase adicional no artigo segundo da Convenção OSPAR, em seguida ao “e de acordo com o Direito Internacional”, não significaria que a Convenção OSPAR pretendesse a aplicação de outras convenções, com as quais teriam se comprometido as partes contratantes, à exceção de eventuais partes da dita convenção, que contivessem um reenvio a esses outros instrumentos<sup>2809</sup>.

Disse o tribunal arbitral, que interpretar o artigo 32(6)(a) de outro modo implicaria a transformação do regime OSPAR em um regime jurisdicional abrangente e desqualificado, para o qual, não existiria um limite em razão da matéria à jurisdição desse tribunal arbitral. Não haveria indicação de que as partes da Convenção OSPAR teriam se submetido a esse regime jurisdicional compreensivo, com respeito a qualquer outro tribunal internacional. Nem

---

<sup>2805</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.22. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2806</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.21/26. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2807</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.27. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2808</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.27/28. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2809</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.29/30. Acesso em 19/01/2016.

seria razoável supor, conforme diz a corte, que esse regime jurisdicional pudesse ter sido aceito, através desse instrumento, que é a Convenção OSPAR<sup>2810</sup>.

Tal interpretação do tribunal arbitral seria reforçada pela referência explícita do artigo 9(3), da Convenção OSPAR, às regulações internacionais aplicáveis, porque a explícita incorporação de outras regulações, no artigo 9(3), importaria que isso não seria feito para outras provisões da convenção, inexistindo a intenção de ampliar a competência do tribunal para outras partes do Direito Internacional convencional<sup>2811</sup>.

No que toca à Declaração Ministerial de Sintra, de 1998, com base na qual, a Irlanda também formula os seus requerimentos, as Decisões 2000 e 2001, da Comissão OSPAR, não seriam obrigatórias para o Reino Unido, de modo que, não poderiam ser utilizadas para o fim da arbitragem, conforme entendeu a corte. Porém, o fato de haver manifestado uma declaração unilateral, no que toca ao compromisso relativo à usina de Dounreay, poderia fazer com que essa declaração pudesse ser considerada vinculante, de acordo com os termos do precedente da Corte Internacional de Justiça, no Caso dos Testes Nucleares. Ocorre que a declaração não diz respeito a direito de informação, nos termos dos autos<sup>2812</sup>.

Além disso, nem o artigo 9(1), nem o 9(2), da Convenção OSPAR se referem, especificamente, a outros órgãos de Direito Internacional convencional substantivo, dos quais o tribunal arbitral tivesse de se socorrer<sup>2813</sup>.

No que diz respeito às “regulações internacionais aplicáveis”, mencionadas no artigo 9(3)(d), a Irlanda sustentou que isso significaria “o Direito e a prática internacionais”. Por outro lado, o Reino Unido sustentou uma interpretação mais rígida, a qual, afirmava inexistir outra “regulação internacional aplicável”, que não a Diretiva 90/313, implementada no Direito do Reino Unido. De igual modo, afirmou que a Declaração do Rio não seria um tratado e que a Convenção de Aarhus não teria sido ratificada, nem pela Irlanda, nem pelo Reino Unido<sup>2814</sup>.

Disse o tribunal arbitral, acerca do tema, que até poderia aplicar uma norma nascente do Direito Internacional, que ainda não tivesse se tornado uma *lex lata*, porém, apenas se essa fosse a instrução de ambas as partes, não porque ela seria uma quase-lei. O mesmo raciocínio seria aplicável a um direito especial, que não fosse contrária ao *jus cogens*, especialmente,

---

<sup>2810</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.30. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2811</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.30. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2812</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.30/31. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2813</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.31. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2814</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.32. Acesso em 19/01/2016.



levando-se em conta que a Convenção OSPAR não incorpora a referência a esses instrumentos. Sem tal autorização, o tribunal arbitral não pode ir além do direito existente<sup>2815</sup>.

Quanto ao costume internacional, o tribunal arbitral disse que nada impediria que viesse a aplicar uma norma costumeira de direito internacional recente, mas, que fosse, de fato, costume internacional<sup>2816</sup>.

Afirmou o tribunal internacional que concorda com a proposta irlandesa de aplicar o Direito Internacional e a prática corrente, para definir o que vem a ser “confidencialidade comercial”, porque isso seria admissível, nos termos do artigo 31(3)(c), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Entretanto, não poderia aplicar “Direito Internacional e a prática em desenvolvimento”, tendo afirmado o tribunal arbitral que a Corte Internacional de Justiça, no Caso Gabcikovo-Nagymaros não teria proposto isso, ao contrário do afirmado pela Irlanda, porque o trecho copiado se referiria à interpretação de boa-fé. Afirma o tribunal internacional que a referência da Corte Internacional de Justiça é de um direito novo em um grande número de instrumentos, não de material que ainda não tenha se tornado direito. Por isso, o tribunal arbitral rejeitou a proposta da Irlanda de aplicação da Convenção de Aarhus e das propostas de projeto para uma nova diretiva europeia<sup>2817</sup>.

Admitiu, porém, a aplicação de outros instrumentos, quando necessários para o propósito de interpretação, sob o artigo 31 da Convenção de Viena<sup>2818</sup>.

Quanto ao artigo 9(1), o tribunal arbitral afastou as alegações do Reino Unido, no tocante à falta de jurisdição e inadmissibilidade, porque seria o caso de decidir, no mérito, o sentido do artigo 9(1), no contexto dos fatos do caso. Nesse caso, observou o tribunal arbitral uma ordem hierárquica de obrigações na Convenção OSPAR. Especificamente, o artigo 9(1) assegura a obrigação de resultado, mais do que, meramente, a determinação de criar um sistema local dirigido à obtenção do dito resultado. Também corroboram tal conclusão normas relevantes do Direito Internacional e da União Europeia, em especial<sup>2819</sup>.

Quanto à interpretação do artigo 9(2), se as informações glosadas englobam “atividades que afetem adversamente a área marinha”, ou seja, se a informação deve ser vista como um todo, como quer a Irlanda, entendeu o tribunal arbitral que não estava emitindo uma opinião consultiva sobre o sentido do artigo 9(2), mas aplicando a provisão a uma

---

<sup>2815</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.33. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2816</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.33. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2817</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.33/34. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2818</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.34. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2819</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.35/46. Acesso em 19/01/2016.

controvérsia específica, sobre quatorze tipos de informação excluídos dos Relatórios PA e ADL<sup>2820</sup>.

Assim, iniciou o seu raciocínio, afirmando que o artigo 9(2) se refere ao acesso à informação, sendo o escopo de tal informação o “estado da área marítima”, não informação ambiental em geral. O tribunal arbitral, igualmente, entende que nenhum dos catorze tipos de informação se enquadraria em “informação sobre o estado da área marítima”, logo, nenhum desses tipos se enquadraria na definição de “informação”, para os fins do artigo 9(2)<sup>2821</sup>.

Muito embora legisladores ou relatores de projetos de tratados possam utilizar-se da Teoria da Causalidade Inclusiva, o que realmente importa, segundo o tribunal arbitral, é se aqueles que rascunharam a Convenção OSPAR se utilizaram dessa teoria, com o que discorda o tribunal arbitral. O artigo 9(2) não é um estatuto genérico sobre liberdade de informação, até porque, é restringido pelo termo “área marítima”, que aparece na primeira e na segunda categorias do artigo 9(2), sendo dada uma definição específica para o termo no artigo 1(a) e 1(b) – inclui águas internas e mares territoriais da Irlanda e do Reino Unido e o Mar Irlandês entre eles -, mas o artigo 1 não indica quando uma informação em particular é relevante para a área marinha<sup>2822</sup>.

Ao incluir as expressões “adversamente (*adversely*)” e “passíveis (*likely*)”, os criadores da norma excluíram atividades ou medidas que afetaram ou poderiam afetar a área marítima, mas que não a afetaram “adversamente” e atividades futuras que não poderiam vir a afetar a área marítima<sup>2823</sup>.

Essa linguagem restritiva demonstra, segundo o tribunal arbitral, que a intenção dos que rascunharam o projeto da Convenção OSPAR, de estabelecer uma obrigação mais ampla. De qualquer modo, a linguagem restritiva da segunda categoria é clara e é esse o padrão que o tribunal arbitral deve aplicar, no seu entender. De igual modo, a Diretiva 90/313, também estabelece a restrição “afetando adversamente ou passível de fazê-lo”, observando o tribunal arbitral que os trabalhos preparatórios da Convenção OSPAR, no que toca ao artigo 9(2), basearam-se na dita diretiva europeia<sup>2824</sup>.

---

<sup>2820</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.47. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2821</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.52. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2822</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.52/54. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2823</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.56. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2824</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.56. Acesso em 19/01/2016.

A referência da Irlanda ao Caso Mecklenburg, da Corte Europeia de Justiça, não seria útil, porque o tribunal arbitral não estaria interessado em interpretar o termo “adversamente”, mas o que seria “informação relativa ao meio-ambiente”<sup>2825</sup>.

Por fim, o tribunal arbitral rejeitou, unanimemente, a alegação do Reino Unido quanto à ausência de jurisdição; por decisão unânime, rejeitou o pleito de que a causa fosse inadmitida, também por unanimidade; por maioria, rejeitou o pleito do Reino Unido de que a implementação da determinação contida no artigo 9(1) se referiria somente às autoridades competentes daquele país, não a um tribunal arbitral constituído com base na Convenção OSPAR; por maioria, decidiu que o pleito irlandês não incidiria no âmbito do artigo 9(2) da Convenção OSPAR; por maioria, rejeitou o pleito irlandês, feito com base no artigo 9(3)(d); e, por decisão unânime, quanto às custas, decidiu o tribunal arbitral que cada parte arcaria com as suas<sup>2826</sup>.

## **2 O Procedimento no Tribunal da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar – UNCLOS<sup>2827</sup>**

Diante da concordância da Irlanda e do Reino Unido, que são partes da Convenção das Nações Unidas para o Direito Mar, estabeleceram-se algumas regras para o procedimento arbitral iniciado pela Irlanda, com base no artigo 287 da referida convenção<sup>2828</sup>.

Inicialmente, as notificações, comunicações ou propostas poderiam ser entregues, através do Escritório Internacional, que funciona como a secretaria do tribunal arbitral, ou para o agente da parte, na forma do artigo 4º do acordo. Por sua vez, os prazos começariam a contar, a partir do primeiro dia útil, a partir do recebimento da notificação, comunicação ou proposta<sup>2829</sup>.

Os procedimentos iniciaram-se em 25/10/2001, conforme o estabelecido no artigo 3º do mesmo acordo<sup>2830</sup>.

Estabeleceu-se que cada parte seria representada por um agente, facultando-se a nomeação de um ou mais agentes delegados. As partes também poderiam ser auxiliadas por pessoas de sua escolha. Havia a obrigação de comunicação ao tribunal arbitral, à outra parte e ao Escritório Internacional, por escrito, do nome e do endereço dos agentes e dos agentes delegados<sup>2831</sup>.

<sup>2825</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.56. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2826</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Final%20Award.pdf). p.58. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2827</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf). p.1/7. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2828</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf). p.1. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2829</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf). p.2. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2830</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf). p.2. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2831</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf). p.2. Acesso em 19/01/2016.

Concordou-se em que o tribunal arbitral seria composto por cinco membros, escolhidos na forma do artigo 3º, do Anexo VII da referida convenção. No prazo de trinta dias da ciência da nomeação dos árbitros, as partes poderiam impugnar a nomeação, com base em dúvida justificável sobre a imparcialidade ou independência dos mesmos, ou ainda, sobre a sua qualificação para o mister. Qualquer mudança deveria ser comunicada por escrito ao Escritório Internacional e aos demais membros do tribunal arbitral<sup>2832</sup>.

O árbitro impugnado poderia renunciar às suas funções, ou, caso assim não procedesse, os árbitros remanescentes, no prazo de 30 a 60 dias, a contar da data do questionamento, decidiriam sobre o requerimento.

A substituição de um árbitro poderia ocorrer por renúncia, morte ou acolhimento da impugnação, no prazo de 30 a 60 dias. Nesse caso, audiências anteriormente realizadas poderão ser repetidas, a critério do tribunal arbitral<sup>2833</sup>.

As partes, segundo tais regras previamente acordadas, devem ser tratadas com igualdade, sendo-lhes dada total oportunidade de serem ouvidas, em qualquer estágio do procedimento, devendo elas, no entanto, facilitar o trabalho do tribunal arbitral, nos termos do artigo 6º, do Anexo VII, da mencionada convenção<sup>2834</sup>.

O local da arbitragem, conforme definido, foi Haia, podendo ocorrer os encontros em qualquer lugar considerado apropriado. A decisão final teria de ser prolatada no local da arbitragem, sendo o seu idioma o inglês<sup>2835</sup>.

De acordo com o artigo 10, a Irlanda teria até 26/07/2002 para entregar memorial escrito, contendo a descrição dos fatos constitutivos do alegado direito; a matéria de direito; pedidos e requerimentos<sup>2836</sup>.

O contra-memorial do Reino Unido teria de ser entregue até 03/01/2003, devendo ele conter admissão ou negação dos fatos alegados e eventual descrição de outros fatos não mencionados no memorial; observações sobre a matéria de direito invocada pela Irlanda e a matéria de direito trazida pelo Reino Unido; a providência desejada pelo Reino Unido, da parte do tribunal arbitral<sup>2837</sup>.

Até 28/02/2003, deveria a Irlanda entregar a sua réplica e, até 25/04/2003, o Reino Unido deveria trazer a sua tréplica<sup>2838</sup>.

---

<sup>2832</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf).p.3.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2833</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf).p.3.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2834</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf).p.4.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2835</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf).p.4.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2836</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf).p.4.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2837</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf).p.4.Acesso em 19/01/2016.

<sup>2838</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf).p.4.Acesso em 19/01/2016.

A requerimento de alguma das partes, mediante a oitiva da outra, o tribunal poderia estender os mencionados prazos. Foi permitida a emenda, a qualquer tempo, das peças mencionadas, desde que, por força da referida emenda, não se excedesse os limites da disputa<sup>2839</sup>.

O tribunal arbitral, conforme o decidido, teria o poder de decidir sobre objeções à sua jurisdição ou sobre a admissibilidade de notificação ou requerimento, feitos no curso do procedimento<sup>2840</sup>.

Uma alegação de ausência de jurisdição ou de inadmissibilidade de notificação ou requerimento deve vir em preliminar, o mais rápido possível e não depois de três meses da entrega do memorial; em outras circunstâncias, não depois do contra-memorial, ou ainda, caso se refira à réplica, na tréplica<sup>2841</sup>.

O tribunal arbitral, depois de ouvir a outra parte, poderia decidir sobre a objeção à sua jurisdição ou admissibilidade, como uma preliminar de sua decisão final<sup>2842</sup>.

No que toca às provas e às audiências, cada parte teria o ônus de provar os fatos que alega, podendo o tribunal arbitral determinar a admissibilidade, a relevância, a materialidade e o peso da evidência trazida. Além disso, o tribunal arbitral poderia tomar todas as medidas apropriadas, com vistas, a estabelecer os fatos<sup>2843</sup>.

Qualquer material identificado como confidencial e sensível por qualquer das partes, seja oral ou escrito, deveria permanecer confidencial, exceto para o tribunal arbitral e para o consultor independente da outra parte e outras pessoas com as quais concordem, a não ser que o tribunal arbitral decidisse em sentido contrário, nos procedimentos determinados pelo referido tribunal, após consulta às partes<sup>2844</sup>.

O tribunal arbitral não poderia permitir a abertura do material confidencial e sensível, sem dar a oportunidade à parte de retirá-lo. O requisito de confidencialidade permaneceria válido, com respeito a qualquer material retirado<sup>2845</sup>.

Ficou acordado que haveria tantas audiências, quanto o tribunal arbitral considerasse necessário, para que as partes fizessem as suas considerações orais. O local, a hora e a data da audiência deveriam ser comunicados com antecedência. Se existissem testemunhas, inclusive testemunhos de peritos, o fato deveria ser comunicado ao Escritório Internacional, com o

---

<sup>2839</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5). Acesso em 19/01/2016.

<sup>2840</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5). Acesso em 19/01/2016.

<sup>2841</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5). Acesso em 19/01/2016.

<sup>2842</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5). Acesso em 19/01/2016.

<sup>2843</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5). Acesso em 19/01/2016.

<sup>2844</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5/6](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.5/6). Acesso em 19/01/2016.

<sup>2845</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.6](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf.p.6). Acesso em 19/01/2016.

mínimo de trinta dias de antecedência, bem como, à outra parte, com o nome e o endereço da testemunha, além de esclarecer o idioma em que o testemunho seria prestado. Caso se tratasse de outro idioma, que não o Inglês, providências para a tradução teriam de ser feitas pelo Escritório Internacional, às custas da parte que requereu a oitiva<sup>2846</sup>.

Outras testemunhas, inclusive o perito que, eventualmente, poderia vir a testemunhar, poderiam ser retiradas do recinto, no curso do depoimento de outras<sup>2847</sup>.

As audiências poderiam ser abertas ao público, a não ser que o tribunal arbitral decidisse o contrário. Houve a previsão de medidas para a preservação do sigilo, nesse caso<sup>2848</sup>.

As decisões do tribunal arbitral, tanto procedimentais, quanto de mérito, deveriam ser tomadas pela maioria dos seus membros, à exceção de questões relativas à administração ou procedimentos de rotina, que poderiam ser decididas pelo presidente do tribunal arbitral, a não ser que ele desejasse ouvir a opinião dos demais membros<sup>2849</sup>.

A publicação da decisão final deveria ser tornada pública com os cuidados referentes às informações confidenciais<sup>2850</sup>.

A não ser que o tribunal arbitral viesse a decidir em sentido contrário, as despesas deveriam ser divididas por igual entre as partes. Poderia ser requerido das partes um depósito para as despesas<sup>2851</sup>.

## 2.1 O Memorial Irlandês<sup>2852</sup>

O memorial entregue pela Irlanda, datado de 26/07/2002, tratou de aspectos factuais e históricos do contexto da controvérsia<sup>2853</sup>, destacando a Geografia e a Oceanografia, o Mar da Irlanda e a sua importância para a Irlanda, o sítio de Sellafield e as preocupações gerais do povo e governo irlandeses, além de terceiros. Essa parte do memorial muito se assemelha à parte inicial do memorial apresentado ao OSPAR, não havendo razão para reproduzi-lo na íntegra.

Em seguida, o memorial irlandês apresenta um detalhamento da planta industrial da usina MOX<sup>2854</sup>, descrevendo a manufatura do combustível MOX e atividades correlatas, o transporte dos materiais radioativos, pelo Mar da Irlanda, o aspecto econômico do

<sup>2846</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf), p.6. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2847</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf), p.6. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2848</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf), p.6. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2849</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf), p.6. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2850</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf), p.7. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2851</sup> [www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Rules.pdf), p.7. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2852</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222), p.1/269. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2853</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222), p.1/23. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2854</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222), p.27/50. Acesso em 19/01/2016.

combustível MOX, o seu mercado e os aspectos competitivos, os riscos e a regulação. Esses aspectos também foram exaustivamente transcritos, quando da descrição do memorial irlandês perante o OSPAR.

O terceiro aspecto factual apresentado diz respeito às implicações ambientais do licenciamento da usina MOX, como a poluição decorrente, os níveis de radiação e as tecnologias para minorar tais efeitos<sup>2855</sup>.

Depois, o memorial irlandês apresenta um histórico da disputa<sup>2856</sup>, iniciando pela usina THORP, a Declaração Ambiental MOX de 1993, as autorizações para despejos, a justificação econômica e a disputa perante o OSPAR (1997-2001).

A segunda parte do memorial irlandês, que se refere aos aspectos de direito da controvérsia, aborda a questão da jurisdição, da lei aplicável, do estudo de impacto ambiental, o dever de cooperação, a não-cooperação quanto ao transporte do material radioativo, além do dever de prevenção da poluição<sup>2857</sup>.

A última parte trata do pedido dirigido ao tribunal arbitral e requerimentos<sup>2858</sup>. Há um quarto volume, que traz o Relatório Moffit<sup>2859</sup>.

No que diz respeito aos fatos, alegou a Irlanda que a decisão de 03/10/2001, do governo do Reino Unido, de considerar justificada, economicamente, a construção e operação da usina MOX em Sellafield, não teria levado em consideração que a operação da usina iria aumentar os despejos radioativos no Mar da Irlanda, que já seria uma dos mares mais poluídos por radiação no mundo, inclusive pelo aumento do reprocessamento de combustível nuclear na usina THORP, que forneceria óxidos de plutônio, para serem utilizados na produção de combustível MOX<sup>2860</sup>.

Afirmou a Irlanda que a disputa não seria científica, mas decorrente do fracasso do Reino Unido em cumprir três categorias de obrigação, sob a égide da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Tais categorias de obrigação envolveriam: a obrigação de realizar um estudo de impacto ambiental adequado sobre o ambiente marinho do Mar da Irlanda, antes de autorizar a construção da usina MOX, nos termos do artigo 206 da mencionada convenção, porque o estudo existente não teria incluído os efeitos do aumento da

---

<sup>2855</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.51/68. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2856</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.69/92. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2857</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.93/248. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2858</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.249/256. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2859</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.247/270. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2860</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.3. Acesso em 19/01/2016.

operação da usina THORP, os rejeitos adicionais, que teriam de ser armazenados em Sellafield e o transporte internacional do material radioativo; a obrigação de cooperação com a Irlanda, com quem compartilha o Mar da Irlanda, tomando os passos necessários para proteger e preservar o ambiente marinho, com a subsequente violação dos artigos 123 e 197 da dita convenção; a obrigação de proteção e preservação do ambiente marinho do Mar da Irlanda, com base nos artigos 192, 193, 194, 207, 211, 212, 213, 217 e 222 da mencionada convenção, sem prejuízo das normas que preveem a aplicação do Princípio da Precaução, de uso da melhor tecnologia disponível e as melhores práticas ambientais<sup>2861</sup>.

No que se refere aos aspectos factuais, destacou a Irlanda que relatórios e estudos, que enumera, confirmariam que o reprocessamento nuclear feito em Sellafield geraria grandes quantidades de despejos radioativos. Uma parte significativa desses rejeitos radioativos seria deliberadamente jogada, direta ou indiretamente, no Mar da Irlanda. Isso teria aumentado a concentração de radionuclídeos nas águas, sedimentos e biota do Mar da Irlanda. Por conta da crescente preocupação sobre a corrente situação ambiental, a Irlanda, o Reino Unido e outros Estados-parte da Convenção OSPAR teriam se comprometido a reduzir as emissões de radionuclídeos e reduzir as concentrações no Mar da Irlanda, para próximo de zero, até 2020<sup>2862</sup>.

Também destacou a Irlanda que o aumento das atividades nucleares em Sellafield, em particular, o aumento do armazenamento de substâncias radioativas, aumentaria o risco de despejos não-intencionais, seja na forma líquida ou gasosa. Afirmou, ainda, que as consequências de um acidente com os tanques de rejeitos de Sellafield seriam mais gravosas que as decorrentes do acidente em Chernobyl. Lembrou, ainda, o risco de ataques terroristas e com o transporte do material radioativo<sup>2863</sup>.

No que se refere à manufatura do combustível MOX, mencionou a Irlanda que ela envolveria dois estágios, ambos trazendo implicações para o Mar da Irlanda. O primeiro estágio seria o reprocessamento do combustível nuclear na usina THORP. O resto de combustível nuclear seria separado em urânio, plutônio e produtos da fissão. No segundo estágio, o dióxido de plutônio e o urânio, já separados, seriam usados para produzir combustível de óxido misto (MOX) na nova usina de Sellafield<sup>2864</sup>. Em seguida, o memorial descreveu o ciclo do combustível nuclear<sup>2865</sup>.

---

<sup>2861</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.3/4. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2862</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.15/16. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2863</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.23/25. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2864</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.27/28. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2865</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.28/33. Acesso em 19/01/2016.



O memorial também tratou dos embarques de material radioativo decorrente dessas atividades, porque, afirmou, caso a BNFL efetivamente viesse a obter novos contratos de reprocessamento, isso importaria um aumento nas quantidades transportadas através do Mar da Irlanda, tendo as informações solicitadas, sobre tal particular, sido negadas pelo Reino Unido, sob o fundamento de confidencialidade comercial, o que também teria motivado o procedimento perante o tribunal arbitral OSPAR. De qualquer modo, citando o exemplo do combustível reprocessado para o Japão, afirmou que haveria três rotas possíveis para o combustível reprocessado e que todas passariam bem próximas à Irlanda, de modo que, no mínimo, sessenta embarques de combustível MOX seriam feitos para aquele país, caso os navios estivessem totalmente carregados. Além disso, também haveria o transporte do Japão para o Reino Unido, do plutônio que seria reprocessado<sup>2866</sup>.

Destacou a Irlanda que vários países teriam se oposto a esse transporte por suas águas, como seria o caso da Argentina e do Chile, que se oporiam ao uso da rota do Cabo Horn. O mesmo teria feito a Nova Zelândia, com relação às rotas do Cabo da Boa Esperança e do Pacífico. Os chefes de governo da Comunidade do Caribe teriam se oposto, igualmente, no caso do uso da rota pelo Canal do Panamá. Os navios utilizados nesse transporte, como o "*Pacific Pintail*" e o "*Pacific Teal*" teriam sido proibidos de ingressar nas zonas econômicas exclusivas de vários países. Em suma, o carregamento de combustível MOX, em rota do Japão para o Reino Unido teria levantado a objeção de 37 Estados, inclusive a Irlanda, que também estaria preocupada com a compatibilidade desse transporte com a medida judicial deferida pelo Tribunal Internacional para o Direito do Mar, proferida em novembro de 2001 (ITLOS)<sup>2867</sup>.

Também alegou a Irlanda que a frota de navios utilizada nesse transporte, a "*Pacific Class*", de propriedade da PNTL ("*Pacific Nuclear Transport Ltd*"), operada juntamente pela BNFL, Cogema e ORG (que representa as instalações nucleares japonesas), não possuiria uma padronização internacional e que essa frota seria mais vulnerável a acidentes que os transportadores de materiais perigosos, porque somente a área da carga de seus navios possuiria blindagem reforçada. A proa e a popa, não<sup>2868</sup>.

---

<sup>2866</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.34. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2867</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.34/37. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2868</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.37/38. Acesso em 19/01/2016.

No caso de algum acidente com esses navios, com perda total ou parcial da carga, poderia ocorrer uma contaminação séria do oceano e, provavelmente, da terra, com materiais altamente radioativos, com efeitos devastadores sobre os pesqueiros e na saúde humana<sup>2869</sup>.

Quanto aos aspectos econômicos do empreendimento, a Irlanda afirmou que a usina MOX teria custado 470 milhões de libras esterlinas, enquanto a decisão que a teria considerado economicamente justificável teria estimado que ela poderia vir a render entre 199 milhões e 216 milhões de libras esterlinas, de “lucro”, ao longo de sua vida útil, excluindo os custos de capital. Ou seja, a sua construção teria sido autorizada, mesmo o Reino Unido sabendo que jamais recuperaria os custos de sua construção, concluiu a Irlanda<sup>2870</sup>.

Mais ainda, segundo a Irlanda, o Relatório PA teria declarado que os custos de transporte teriam sido excluídos da análise de viabilidade econômica e o Reino Unido, nos seus contramemorais, no procedimento junto ao tribunal arbitral da OSPAR e teria declarado que os Relatórios PA e ADL não conteriam informação relativa a custos de aprimoramento de padrões de segurança, não sendo claro se teriam sido levados em conta. Como se não bastasse, o caso do incidente do combustível MOX falsificado, que seria reprocessado para o Japão, teria custado 113 milhões de libras esterlinas. Por isso, a sua construção e operação somente fariam sentido, se relacionada ao futuro da unidade THORP, como concluiu a Irlanda<sup>2871</sup>.

A Irlanda, em seu memorial, também se referiu à questão da propriedade e da gerência do sítio de Sellafield, porque o Reino Unido teria reconhecido que não se trataria de uma atividade comercial normal, reconhecendo os seus riscos e trazendo as usinas MOX e THORP, novamente, para o setor público, com a criação de um novo órgão, o LMA – “*Liabilities Management Authority*” (Autoridade para Gerenciamento de Riscos), tendo a situação financeira, segundo a Irlanda, contribuído para essa decisão<sup>2872</sup>.

Caberia à LMA a redução progressiva e sistemática do risco trazido pelas instalações nucleares e rejeitos, com um objetivo específico de desenvolver uma estratégia abrangente para descontinuar e descontaminar os sítios nucleares<sup>2873</sup>.

A Irlanda também sustentou que a BNFL possuiria um histórico de violações à regulação e à segurança, em seu sítio de Sellafield, sendo citados acidentes ocorridos em

<sup>2869</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.38. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2870</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.38. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2871</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.39. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2872</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.39. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2873</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.40. Acesso em 19/01/2016.

1957, 1973, 1976, 1979, 1983, 1986 - quando teria ocorrido vazamento de plutônio -, 1990 e 1992<sup>2874</sup>.

Também foi mencionado pela Irlanda o incidente da falsificação dos registros do controle de qualidade do combustível MOX, em setembro de 1999. O relatório do órgão regulador, que teria sido publicado, apenas dois anos antes do memorial em questão, teria alertado para a falta de uma cultura de segurança adequada, nas instalações da usina MOX<sup>2875</sup>.

O memorial irlandês também relata preocupações com os tanques de armazenamento, a ponto da BNFL, em outubro de 2001, ter sido obrigada a paralisar a atividade das duas usinas, por não conseguir reduzir o nível dos tanques, que conteriam rejeitos líquidos com alto nível de radioatividade. O órgão regulador teria alertado a BNFL para as condições estruturais dos ditos tanques, bem como, que tais tanques deveriam ser esvaziados o mais rápido possível<sup>2876</sup>.

No que diz respeito ao contexto regulatório e o processo de tomada de decisões, afirmou a Irlanda que o Reino Unido teria violado convenções internacionais, ao autorizar a construção da usina MOX. No caso específico da usina MOX, haveria três autorizações a serem obtidas: para o processamento do urânio, no teste da operação; para o processamento do plutônio e para a operação total da usina. Acrescentou a Irlanda que a usina THORP, por exemplo, jamais teria sido objeto de um estudo de impacto ambiental. Da mesma forma, os fretes<sup>2877</sup>.

Alegou a Irlanda que as autorizações concedidas antes de 1998 não teriam levado em conta as obrigações previstas na Convenção de 1982, os compromissos feitos em 1988, nem as obrigações assumidas de acordo com a Convenção OSPAR, de 1992. Logo, tais autorizações estariam desatualizadas, em relação aos padrões ambientais mais recentes<sup>2878</sup>.

Quanto às implicações ambientais da autorização do funcionamento da usina MOX, sustentou a Irlanda que seria necessário considerar o projeto MOX como um todo, defendendo que as usinas MOX e THORP estariam irremediavelmente ligadas, dentre outros aspectos, já referidos no curso dessa descrição, bem como, quando da descrição do caso perante o tribunal arbitral OSPAR. Nesse capítulo do memorial irlandês, também foram traçados vários cenários, com as consequências dos despejos radioativos; foram descritos os vários caminhos da radiação, para chegar ao Mar da Irlanda; foram descritos os efeitos dessas

---

<sup>2874</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.41/42. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2875</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.42/43. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2876</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.43/44. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2877</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.45. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2878</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.46. Acesso em 19/01/2016.

descargas de rejeitos na vida marinha desse mar; os efeitos nos seres humanos; bem como, foram descritos os meios tecnológicos atualmente existentes, para minimizar tais riscos<sup>2879</sup>.

Quanto a esse particular, o que afirmou a Irlanda é que os despejos líquidos e gasosos seriam consideravelmente maiores do que o necessário, levando-se em conta os meios tecnológicos atualmente disponíveis. O memorial mencionou que uma usina MOX similar, existente no Rio Savannah, nos Estados Unidos, apresentaria emissões próximas a zero<sup>2880</sup>.

A Irlanda questionou, portanto, a decisão de 03/10/2001, de autorizar o funcionamento da usina e o aumento da atividade de reprocessamento da usina THORP, como consequência, porque não se teria levado em conta a existência de tecnologias minimizadoras dos riscos da atividade<sup>2881</sup>.

Especificamente, quanto à disputa, afirmou a Irlanda que ela teve início com a autorização para funcionamento, em 03/10/2001, mas, na realidade, seria muito mais antiga, em suas raízes. Ela incluiria as circunstâncias pelas quais o Reino Unido teria autorizado o funcionamento da usina THORP, anteriormente, sem qualquer estudo de impacto ambiental, alegadamente, bem como, as inadequações da declaração ambiental de 1993, relativamente à usina MOX<sup>2882</sup>.

Segundo a Irlanda, essa declaração teria falhado, em não focar as consequências ambientais da usina MOX em si e da ampliação da atividade da usina THORP, a questão do transporte internacional e as consequências de maiores fluxos de rejeitos no sítio de Sellafield<sup>2883</sup>.

Além disso, o procedimento de justificação, que teria durado de 1997 até 2001, não teria sido transparente e não teria levado em conta as preocupações irlandesas. A usina não se justificaria economicamente e o Reino Unido não teria informado sobre os custos que teriam sido considerados e os que não teriam, nesse cálculo de justificação econômica. Alega que essa falha no dever de cooperação é que teria motivado o procedimento, junto ao tribunal arbitral, em sede da Convenção OSPAR, para obtenção de informações, o qual teria sido, minudentemente, descrito em fase anterior do presente trabalho<sup>2884</sup>.

Afirmou a Irlanda que, quando foi autorizada a construção e operação da usina, em outubro de 2001, isso teria sido feito com base em um regime de despejos, que teria sido

---

<sup>2879</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.52/66. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2880</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.66. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2881</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.66. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2882</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.69. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2883</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.69. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2884</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.69. Acesso em 19/01/2016.

autorizado para todo o complexo de Sellafield, no ano de 1998. Esse limite de rejeitos não teria levado em conta os padrões ambientais da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, de 1982, nem os da Declaração Ministerial de Sintra, de 1998, dentre outros<sup>2885</sup>.

A usina MOX teria, então, sido autorizada, apenas três semanas depois do atentado de 11/09/2001, incidente que teria levado a Irlanda a manifestar sérias preocupações com os aspectos de segurança, tanto os relacionados ao transporte, quanto ao próprio complexo de Sellafield, em si mesmo<sup>2886</sup>.

Por conta desses fatos, entendeu a Irlanda que haveria inúmeras violações à convenção em destaque, as quais passou a detalhar no seu memorial.

Especificamente, quanto às violações à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, a primeira manifestação da Irlanda a respeito teria se dado em 30/07/1999, no curso da quinta consulta pública, referente à justificação econômica da usina MOX. Em 23/12/1999, novamente, teria se manifestado, de forma detalhada, sobre as preocupações com relação à usina MOX, no que toca a disposições da Convenção UNCLOS, em tela. Em tais comunicações, a Irlanda teria se reservado ao direito de postular os seus direitos relativos à mencionada convenção. No que toca à primeira correspondência, o Reino Unido não teria fornecido qualquer resposta, tendo apenas dado ciência do recebimento da segunda<sup>2887</sup>.

Em encontro ocorrido em 05/10/2001, a Irlanda teria notificado o Reino Unido, da violação à convenção e outros instrumentos internacionais, pela decisão que teria considerado justificada economicamente a usina MOX, de 03/10/2001. A correspondência teria postulado a imediata suspensão da autorização da dita usina, bem como, para que fossem tomadas todas as providências, para a paralisação de todo o transporte de material radioativo pelo Mar da Irlanda e à volta dele, de e para a usina MOX. Igualmente, a missiva também teria alertado para o fato da Irlanda poder vir a fazer os seus direitos nos foros internacionais, indicando, porém, a possibilidade do uso da faculdade do artigo 283 da Convenção, que se referiria à tentativa de solucionar a questão, com a troca de pontos de vista<sup>2888</sup>.

A correspondência em questão teria sido respondida em 18/10/2001, pela Secretaria de Estado do Departamento para o Meio-Ambiente, Alimentos e Assuntos Rurais do Reino Unido, não se tocando no assunto da suspensão da autorização, mas informando que os riscos radiológicos associados à confecção do combustível MOX seriam muito pequenos. Mas, a

---

<sup>2885</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.69. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2886</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.69. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2887</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.79. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2888</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.79/80. Acesso em 19/01/2016.

resposta não teria abordado a questão do transporte do material radioativo, inclusive o plutônio<sup>2889</sup>.

Ao invés disso, o Reino Unido teria afirmado “estar ansioso” para trocar pontos de vista com a Irlanda sobre o tema, desde que, lhe fosse informado porque se consideraria que haveria violações a normas e princípios identificados na carta<sup>2890</sup>.

Em 23/10/2001, porém, o Primeiro-Ministro do Reino Unido teria se correspondido com o governo irlandês, informando de sua intenção de prosseguir com a operação da usina. Assim, em uma troca de missivas, que teria se estendido até o dia seguinte, teria ficado evidente que não haveria a possibilidade de solução da controvérsia sem arbitragem<sup>2891</sup>.

Diante da urgência, decorrente da informação extra-oficial, de que a usina começaria a operar no dia 23/11/2001 - o que somente teria ocorrido, de fato, a partir de 20/12/2001-, teriam sido iniciados os procedimentos junto aos órgãos judiciariformes<sup>2892</sup>.

Inicialmente, a Irlanda teria buscado uma medida de urgência, junto ao Tribunal Internacional para o Direito do Mar (ITLOS), nos termos do artigo 290 (5) da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS), até iniciar a constituição do tribunal arbitral, com base na Convenção em questão (UNCLOS)<sup>2893</sup>.

Em sede do ITLOS, as audiências teriam ocorrido em 19 e 20 de novembro, em Hamburgo, tendo o tribunal tomado a sua decisão no dia 03/12/2001, tendo determinado, unanimemente, em termos cautelares: que a Irlanda e o Reino Unido cooperassem entre si, devendo entrar em consultas, para o fim de trocar mais informação sobre as possíveis consequências para o Mar da Irlanda, do funcionamento da usina MOX; monitorar os riscos ou os efeitos dessa operação; vislumbrar medidas para prevenção da poluição no ambiente marinho, que possa resultar dessa operação. Mais ainda, que até 17/12/2001, as partes deveriam elaborar relatório, que pudesse comprovar o cumprimento das determinações contidas na referida ordem<sup>2894</sup>.

Para o cumprimento da referida ordem, a Irlanda teria convidado o governo do Reino Unido para uma reunião em Dublin e encaminhado correspondência, contendo uma série de questões que pretendia ver respondidas, mas, em carta datada de 07/12/2001, o Reino Unido, apesar de ter concordado com a realização do encontro, não teria respondido às

---

<sup>2889</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.80. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2890</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.80/81. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2891</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.81. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2892</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.81/82. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2893</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.82. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2894</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.82. Acesso em 19/01/2016.

referidas questões, alegando que muitas delas estariam fora do alcance da disputa iniciada, com base no Anexo VII do tribunal em questão<sup>2895</sup>.

O encontro teria ocorrido, em Dublin, no dia 11/12/2001, mas as partes teriam interpretado as medidas cautelares ordenadas pelo ITLOS, de forma diversa. Os relatórios teriam sido submetidos ao tribunal internacional, em 17/12/2001, tendo as partes trocado cartas sobre dois temas principais: as informações solicitadas pela Irlanda e o transporte de materiais de e para Sellafield. Quanto a esse último item, o Reino Unido, por razões de segurança, teria se recusado a fornecer informações sobre quantidades, rotas e outros detalhes<sup>2896</sup>.

A segunda parte do memorial irlandês referiu-se às questões de direito.

O primeiro tema tratado foi a questão da jurisdição do tribunal arbitral, com base na Convenção UNCLOS. Ora, afirmou a Irlanda que, tanto ela, quanto o Reino Unido, seriam partes na convenção. Afirmou que pretendia defender seus direitos, previstos nos artigos 123, 192, 193, 194, 197, 206, 207, 211, 212, 213, 217 e 222 da mesma. Além disso, a Parte XV da mencionada estabeleceria um regime para solução de controvérsias, no que toca à interpretação e aplicação dos seus dispositivos. Teria havido a notificação ao Reino Unido, em julho e dezembro de 1999<sup>2897</sup>.

A questão não teria sido resolvida espontaneamente, tendo sido prolatada decisão administrativa, autorizando a operação da usina MOX, em 03/10/2001, o que teria motivado nova notificação, no encontro ocorrido em 05/10/2001 e por carta, em 16/10/2001. O artigo 283, da Convenção UNCLOS, por sua vez, preveria que as partes em disputa trocassem pontos de vista, na tentativa de solucionar a questão, o que teria ocorrido, tendo sido troca a troca de cartas exposta em parte do memorial, já descrita<sup>2898</sup>.

Após a decisão administrativa de 03/10/2001, teria ficado evidenciado que nenhum acordo seria alcançado, tendo o tribunal internacional, encarregado das medidas provisionais, afirmado que a parte não estaria obrigada a prosseguir com a troca de pontos de vista, se todas as possibilidades de se atingir o acordo tivessem sido exauridas<sup>2899</sup>.

Logo, desde que a ordem teria sido proferida, pelo tribunal internacional, ambos os países teriam cumprido a determinação de cooperação, segundo informou a Irlanda<sup>2900</sup>.

<sup>2895</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.83. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2896</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.83/84. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2897</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.95. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2898</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.95. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2899</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.96. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2900</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.96. Acesso em 19/01/2016.

Porém, a disputa em questão se encontraria nas situações que permitiriam a atuação do tribunal arbitral UNCLOS, segundo sustentou a Irlanda, com base no Anexo VII, porque a negociação não teria rendido frutos, bem como, nenhum outro meio de solução de controvérsias teria sido escolhido. Aduziu que o artigo 281(1) permitiria o recurso aos procedimentos previstos na Parte XV, inclusive os procedimentos compulsórios, que levariam a decisões vinculantes para as partes, com fulcro na Seção 2 da Parte XV<sup>2901</sup>.

O artigo 286 permitiria que esses procedimentos compulsórios fossem ativados, pela submissão da disputa à corte ou ao tribunal, com jurisdição sob a Seção 2, facultando-se a qualquer parte em disputa, a iniciativa dessa submissão<sup>2902</sup>.

A escolha dos procedimentos compulsórios se encontraria prevista no artigo 287, o que incluiria um tribunal arbitral, estabelecido com base no Anexo VII da Convenção UNCLOS. Como a Irlanda não teria feito a declaração escrita prevista no artigo 287(1), se aplicaria o artigo 287(3), para a aceitação da arbitragem, com base no Anexo VII. O Reino Unido, por sua vez, teria optado pelo estabelecimento de uma disputa perante a Corte Internacional de Justiça<sup>2903</sup>.

Como a Irlanda e o Reino Unido não teriam optado pelo mesmo método de solução de controvérsias, se aplicaria, conforme aduziu a Irlanda, o artigo 287(5), o qual remeteria para a arbitragem com base no Anexo VII. Esse caminho não exigiria procedimentos anteriores, apesar da Irlanda, alegadamente, haver tentado, por um período de dois anos, conforme alegou, resolver a questão amigavelmente<sup>2904</sup>.

Teria sido sugerido pelo Reino Unido, no curso do julgamento das medidas provisionais, perante o tribunal internacional ITLOS, que aquele órgão não teria jurisdição, porque a disputa deveria ter sido instituída, com base nos mecanismos de outros tratados, como a Convenção OSPAR, de 1992, o tratado da União Europeia, além do Tratado EURATOM<sup>2905</sup>.

Mas, essa sugestão do Reino Unido, deveras importante para os objetivos da tese, seria incorreta, segundo o ponto de vista da Irlanda. Ela alegou possuir direitos, com base na Convenção UNCLOS, que não estariam previstos, nos outros tratados referidos pelo Reino Unido. Nenhum outro tratado possuiria um conjunto de regras tão abrangente – tanto procedimentais, quanto substantivas -, conferindo direitos à Irlanda e protegendo os seus

---

<sup>2901</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.96. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2902</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.96. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2903</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.96. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2904</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.96/97. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2905</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.97. Acesso em 19/01/2016.



interesses no ambiente marinho do Mar da Irlanda. Não haveria motivos para que a existência de direitos menos abrangentes servisse para impedir a Irlanda de socorrer-se de direitos mais abrangentes, como a Irlanda alegou fazer, ao invocar a Convenção UNCLOS<sup>2906</sup>.

As disposições do artigo 123 da Convenção UNCLOS, relativos ao dever de cooperação e coordenação, no caso de mares semicerrados, dariam o tom da aplicação de todos os demais dispositivos da convenção, dando a eles um contexto jurídico particular, que faltaria em outros instrumentos convencionais na ordem internacional, segundo a argumentação irlandesa<sup>2907</sup>.

O tribunal internacional ITLOS, especificamente, explicitamente e unanimemente, teria rejeitado as impugnações do Reino Unido à jurisdição do tribunal baseado no Anexo VII da Convenção UNCLOS, com fulcro no artigo 282 da dita convenção<sup>2908</sup>.

Tendo em vista a existência da ordem datada de 03/12/2001, oriunda do ITLOS, que teria reafirmado a sua jurisdição, para processar e julgar o caso apresentado pela Irlanda, no tocante às medidas cautelares - por entender, consoante os termos do artigo 290(1), existirem elementos de que, à primeira vista, dariam esse ensejo-, o tribunal constituído do Anexo VII, pelas mesmas razões, segundo o ponto de vista do memorial, também teria jurisdição<sup>2909</sup>.

Para comprovar a sua tese, o memorial irlandês transcreveu a fundamentação da decisão do tribunal internacional ITLOS, a qual possui um trecho importante que é: “considerando que os procedimentos de solução de controvérsia sob a égide da Convenção OSPAR, de 1992; do Tratado da União Europeia e do Tratado EURATOM; lidam com disputa concernente à interpretação ou aplicação daqueles tratados, não com disputas relativas a esta convenção”. Esse raciocínio é bastante relevante para a discussão que se seguirá, ao longo da tese<sup>2910</sup>.

De igual modo, o trecho a seguir, merece considerações, para a discussão iniciada neste trabalho: “considerando que, mesmo que a Convenção OSPAR, o Tratado da União Europeia e o Tratado EURATOM, contivessem direitos ou obrigações similares ou idênticas aos direitos e obrigações existentes nesta convenção, esses direitos e obrigações contidos nesses tratados e convenções possuem uma existência separada daqueles desta convenção”.<sup>2911</sup>

---

<sup>2906</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.97. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2907</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.97. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2908</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.97/98. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2909</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.98. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2910</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.98. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2911</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.98. Acesso em 19/01/2016.

Com base nesta fundamentação do tribunal internacional ITLOS, portanto, a Irlanda teria entendido que o tribunal arbitral constituído com base no Anexo VII, da Convenção UNCLOS, possuiria jurisdição para processar e julgar a causa<sup>2912</sup>.

No que diz respeito ao direito aplicável, o artigo 293(1) da Convenção UNCLOS, teria deixado claro que o tribunal, constituído com base no Anexo VII, aplicaria a convenção e outras regras de Direito Internacional, que não fossem com ela incompatíveis. Assim, os aspectos relacionados à cooperação, à necessidade de realizar um estudo de impacto ambiental, de tomar medidas para prevenir a poluição da usina MOX e atividades associadas, deveriam ser encontrados em regras contidas, tanto nas disposições relevantes da Convenção UNCLOS, quanto em outras normas de Direito Internacional, que não fossem com ela incompatíveis. Essas outras normas incluiriam, segundo a argumentação irlandesa, regras do costume internacional e do direito convencional, bem como, os princípios de Direito, reconhecidos pelas nações “civilizadas”<sup>2913</sup>.

Ao dissertar sobre a relação existente entre as normas da Convenção UNCLOS, de 1982, e outras normas de Direito Internacional, afirmou a Irlanda ser autoexplicativo que o tribunal arbitral deveria, primeiro, identificar os direitos e obrigações das partes, com relação às disposições da Convenção UNCLOS. O artigo 293 refletiria uma prioridade das normas da convenção, dentre as demais fontes. As demais regras de Direito Internacional seriam aplicadas de duas formas, segundo sustentou a Irlanda: primeiro, quando a Convenção UNCLOS estabelecesse direitos e obrigações, de forma geral, de modo que essas outras normas de Direito Internacional agiriam no sentido de informar e desenvolver essa norma geral. Isso refletiria o princípio geral de Direito Internacional, reafirmado pela Corte Internacional de Justiça, segundo o qual, um instrumento internacional deveria ser interpretado e aplicado, segundo o contexto do todo do sistema jurídico, prevalecente ao tempo da interpretação<sup>2914</sup>.

Esse “sistema jurídico”, referido pela Corte Internacional de Justiça, no Caso Namíbia, incluiria tratados, costume internacional, atos de organizações internacionais e princípios gerais de Direito<sup>2915</sup>.

Prosseguiu a Irlanda, em seu memorial, afirmando que a Convenção UNCLOS, de 1982, da mesma forma que a Carta das Nações Unidas, não seria um instrumento estático. O conteúdo e o efeito dessas obrigações mudariam com o tempo, levando em conta as mudanças

---

<sup>2912</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.98. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2913</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p. 99. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2914</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.99. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2915</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.100. Acesso em 19/01/2016.

do Direito Internacional e do estado do conhecimento científico, o que seria especialmente verdadeiro, no caso do Direito Ambiental. Essa abordagem seria aplicada, por exemplo, em relação ao contexto do requisito de elaborar um estudo de impacto ambiental e quanto ao dever de cooperar<sup>2916</sup>.

Uma segunda forma de uso dessas outras normas de Direito Internacional, existiria, no que toca a certas obrigações, aceitas por integrantes da convenção UNCLOS, a quem seriam expressamente dirigidas, individual ou coletivamente, para implementar ou levar em conta normas internacionais, padrões ou práticas existentes fora da Convenção UNCLOS, para poder cumprir as obrigações existentes na dita convenção. Um exemplo diria respeito a várias obrigações existentes no sentido da prevenção, controle e redução da poluição no Mar da Irlanda. Para o atingimento desse objetivo, seria necessário que as partes implementassem normas e padrões internacionais atinentes à matéria, referentes à poluição lançada por terra, conforme o artigo 213 da Convenção<sup>2917</sup>.

Nessas duas formas, segundo argumentou a Irlanda – pela interpretação das disposições gerais da convenção UNCLOS, à luz do corpo mais amplo do Direito Internacional, bem como, pela aplicação de outras normas, padrões e práticas internacionais -, a Convenção UNCLOS assumiria uma função integradora, juntando normas costumeiras e convencionais, normas regionais e globais. Assim, o artigo 293 permitiria ao tribunal aplicar todas as normas relevantes do Direito Internacional, com uma única limitação, que seriam as demais normas do Direito Internacional, que fossem incompatíveis com a Convenção UNCLOS<sup>2918</sup>.

Prosseguiu a Irlanda em seu memorial, dizendo que a convenção teria entrado em vigor para a Irlanda em 21/07/1996 e para o Reino Unido em 24/08/1997. Entre as partes, portanto, a convenção teria se tornado vinculante, em 24/08/1997. A decisão justificando economicamente a planta, que teria pavimentado o caminho para a autorização para o funcionamento da usina, teria sido adotada em 03/10/2001. A planta teria iniciado a sua produção em 20/12/2001. Logo, a Convenção UNCLOS já estaria em vigor, na data da decisão que teria autorizado o funcionamento da usina MOX; as obrigações da Convenção UNCLOS já estariam em vigor para o Reino Unido, inclusive, durante as várias consultas

---

<sup>2916</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.100. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2917</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.100. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2918</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.100/101. Acesso em 19/01/2016.

públicas; e a Irlanda poderia invocar as suas disposições, contra o Reino Unido, no que se refere à decisão de autorizar esse funcionamento<sup>2919</sup>.

Conforme alegou o memorial, no entanto, apesar da aplicabilidade da convenção ao processo de tomada de decisão em questão; apesar do fato da Irlanda ter, expressamente e por escrito, invocado a dita convenção, nas suas tratativas com o Reino Unido, desde 1999; nenhuma decisão do Reino Unido, relativamente à usina MOX, faria referência à convenção, direta ou indiretamente, o que teria sido confirmado, na sua resposta às 55 questões formuladas pela Irlanda, em consequência da ordem proferida pelo tribunal internacional ITLOS<sup>2920</sup>.

Tudo isso comprovaria que o Reino Unido jamais teria levado em consideração os termos da convenção, quando do procedimento de autorização da operação da usina MOX e os transportes internacionais associados. Essa falta de consideração se refletiria na falta de cooperação, de realizar estudo de impacto ambiental e de tomar medidas apropriadas para prevenir a poluição<sup>2921</sup>.

No que toca à aplicação de outras normas, não-incompatíveis com a convenção, entendeu a Irlanda que algumas delas seriam bastante relevantes para o deslinde da causa. Essas outras normas seriam pertinentes porque indicariam como o conceito de “passível de causar um significativo impacto adverso transfronteiriço”, usado na Convenção UNCLOS, seria interpretado pela prática internacional; bem como, porque indicariam como as disposições gerais da convenção sobre proteção ambiental deveriam ser interpretadas, notadamente, pela indicação da aplicabilidade do Princípio da Precaução e do conceito de desenvolvimento sustentável, para o ato de autorização da operação da usina MOX<sup>2922</sup>.

Os tratados internacionais que seriam aplicáveis, no entender da Irlanda, incluiriam, por exemplo, a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios, de 1973 (MARPOL 73/78), a Convenção Internacional sobre Busca e Resgate Marítimo, de 1979, a Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho do Nordeste do Atlântico, de 1992 (OSPAR). Outros exemplos, especificamente, quanto ao dever de cooperar, incluiriam a Convenção sobre a Proteção Física de Material Nuclear, de 1980, a Convenção sobre Segurança Nuclear, de 1994, além da Convenção Conjunta sobre Segurança no

---

<sup>2919</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.101. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2920</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.101. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2921</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.101. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2922</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.102. Acesso em 19/01/2016.

Gerenciamento de Combustível Reutilizado e sobre a Segurança no Gerenciamento de Rejeitos Radioativos, de 1997<sup>2923</sup>.

Com efeito, como lembrou o memorial, o Mar da Irlanda seria uma área especial, para os fins da Convenção MARPOL; o dever de cooperar, incluindo os deveres de informar, de reagir à informação e o de consultar, se achariam detalhados na Convenção de 1979 sobre Busca e Resgate Marítimo; por sua vez, a Convenção OSPAR teria substituído duas convenções que impunham limites às descargas radioativas no Mar da Irlanda, as de Paris (1974) e Oslo (1972). A Convenção de Paris já havia sido um dos primeiros instrumentos internacionais a prever o Princípio da Precaução e a necessidade de um prévio estudo de impacto ambiental. Mas, os requisitos de ordem regional já seriam aplicáveis ao Reino Unido, segundo interpretou a Irlanda, mesmo antes da usina MOX ser sequer proposta ou que a Convenção UNCLOS entrasse em vigor<sup>2924</sup>.

Especificamente, quanto à Convenção OSPAR, ela informaria o contexto de várias provisões da Parte XII da Convenção UNCLOS, determinando a aplicação do Princípio da Precaução, além de proibir qualquer despejo de rejeitos radioativos no Mar da Irlanda, por exemplo<sup>2925</sup>.

Acrescentou a Irlanda que, em 1998, os Ministros da partes da Convenção OSPAR, inclusive do Reino Unido, teriam adotado a Declaração Ministerial de Sintra, a qual teria previsto um detalhado cronograma para a eliminação das descargas de substâncias radioativas, no ambiente marinho do Mar da Irlanda. Tais compromissos informariam as obrigações do Reino Unido, em relação à Parte XII da Convenção UNCLOS, no que toca ao dever de cooperar, de realizar estudos de impacto ambiental e de prevenir a poluição ambiental no Mar da Irlanda<sup>2926</sup>.

O memorial também mencionou a Convenção Europeia sobre Estudo de Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço, além das demais normas europeias relevantes, que informariam como obrigações gerais da Convenção UNCLOS deveriam ser interpretadas e aplicadas, não porque o tribunal estivesse sendo solicitado a aplicá-las isoladamente<sup>2927</sup>.

No nível global, outras normas de Direito Internacional entendidas como relevantes pela Irlanda se situariam em numerosas convenções internacionais, adotadas sob os auspícios da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), citando o memorial a Convenção sobre

---

<sup>2923</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.102. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2924</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.102. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2925</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.103. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2926</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p. 104. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2927</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p. 104. Acesso em 19/01/2016.

Proteção Física de Material Nuclear, de 1980; sobre Segurança Nuclear, de 1994; a Convenção Conjunta sobre a Segurança do Gerenciamento do Combustível Reutilizado e sobre a Segurança do Gerenciamento de Resíduos Radioativos, de 1997<sup>2928</sup>.

Quanto ao costume internacional, afirmou o memorial que o Tribunal Internacional para o Direito do Mar teria confirmado que, dentre as outras normas relevantes de Direito Internacional, a serem aplicadas pelo tribunal arbitral, se incluiriam regras do Direito Internacional geral e costumeiro. De particular relevância, seriam os artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Prevenção do Dano Transfronteiriço de Atividades de Risco, adotada em 2001, além de normas que refletiriam a jurisprudência das cortes e tribunais internacionais. No caso em exame, duas normas de Direito Internacional geral seriam relevantes: a obrigação de aplicar o Princípio da Precaução e a de aplicação do conceito de desenvolvimento sustentável, para assegurar as normas correntes e padrões de proteção ambiental, que deveriam ser aplicadas para a autorização da usina MOX<sup>2929</sup>.

O memorial passa a cuidar, então, do Princípio da Precaução, cuja aplicação implicaria “medidas preventivas, que devem ser tomadas, quando há razoável motivo para preocupação que substâncias ou energia introduzida, direta ou indiretamente, no ambiente marinho, possam trazer riscos à saúde humana, recursos vivos e ecossistemas marinhos, danificar comodidades ou interferir com outros usos legítimos do oceano, mesmo quando não haja evidência conclusiva de uma relação causal entre causas e efeitos”<sup>2930</sup>.

Esses termos, que constam do artigo 2(2)(a), da Convenção OSPAR, de 1992, refletiriam uma regra de Direito Internacional geral, existente entre Estados europeus que fariam parte da Convenção OSPAR ou membros das comunidades europeias. A abordagem viria sendo adotada pela Irlanda e pelo Reino Unido, segundo alegou o memorial.<sup>2931</sup>

Esse compromisso, de aplicar o Princípio da Precaução ao Mar da Irlanda, dataria de 1989 e ele teria sido aceito por ambos Estados, em numerosas convenções, das quais fariam parte, bem como, da Declaração do Rio sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. Também em 1992, a Irlanda e o Reino Unido, juntamente com outros 170 Estados, expressamente teriam declarado que “não promoveriam ou permitiriam a estocagem ou a evacuação de rejeitos radioativos de nível alto, médio ou baixo, próximo a ambientes marinhos, a não ser que se determine que a evidência científica, consistente com os princípios

---

<sup>2928</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222.p](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222.p). 104/105. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2929</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222.p](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222.p). p. 105. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2930</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222.p](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222.p). p.105. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2931</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222.p](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222.p). p.105/106. Acesso em 19/01/2016.

e linhas gerais internacionalmente reconhecidos aplicáveis, demonstre que essa estocagem ou evacuação não traga riscos inaceitáveis a pessoas e ao ambiente marinho ou não interfira com outros usos legítimos do mar, fazendo uso apropriado do conceito da abordagem precaucionária, no processo de decisão”.<sup>2932</sup>

Assim, enfatizou o memorial, o Princípio da Precaução teria sido reconhecido como sendo inerente à abordagem adotada pela Convenção UNCLOS, o que se refletiria em tratados regionais relevantes. Em procedimentos perante o Corpo de Apelação da Organização Mundial do Comércio, em 1989, a Comunidade Europeia – falando por todos os seus membros – teria descrito o princípio como sendo “uma regra costumeira geral do Direito Internacional ou, pelo menos, um princípio geral do Direito”, que se aplicaria, tanto à avaliação, quanto ao gerenciamento de um risco. Também em 1998, os dois Estados e outros países, que fariam parte da Convenção OSPAR, teriam adotado uma estratégia para lidar com substâncias radioativas, para o período que se estendeu de 1998 até 2003, que expressamente teria levado à aplicação do Princípio da Precaução, na redução da concentração de substâncias radioativas artificiais no Mar da Irlanda, para próximo de zero, até 2020<sup>2933</sup>.

Afirmou o memorial que, no curso da fase de medidas provisionais, nos procedimentos perante o tribunal internacional ITLOS, o Reino Unido não teria impugnado a caracterização irlandesa do Princípio da Precaução, como possuidor de um *status* de Direito Internacional costumeiro. Ao prescrever as suas medidas, o tribunal ITLOS teria aplicado “prudência e cautela”. O Princípio da Precaução exigiria do tribunal, segundo conclui o memorial, interpretar e aplicar provisões relevantes da Convenção UNCLOS, de uma forma prudente<sup>2934</sup>.

Quanto ao desenvolvimento sustentável e a obrigação de aplicação de normas e padrões correntes de proteção ambiental, afirmou o memorial que os dois Estados também teriam se comprometido em aplicar o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, nas suas atividades relacionadas ao meio-ambiente marinho<sup>2935</sup>.

A Agenda 21, adotada na Convenção das Nações Unidas sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), de 1992, expressamente, teria identificado a Convenção UNCLOS, como sendo parte do compromisso para atingir o desenvolvimento sustentável, que

---

<sup>2932</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.106. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2933</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.106. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2934</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.106/107. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2935</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.107. Acesso em 19/01/2016.

comprometeria os Estados à “proteção integrada do meio-ambiente marinho através de políticas de desenvolvimento ambientais, sociais e econômicas relevantes e gerais”<sup>2936</sup>.

O desenvolvimento sustentável requereria, segundo o memorial, que os objetivos econômicos e ambientais fossem tratados de uma forma integrada, como declarado no Princípio 4 da Declaração do Rio sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento, que ambas as partes teriam subscrito: “de modo a atingir o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integral do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isolada dele”. Essa visão integrada, conforme asseverou o memorial, também estaria presente na doutrina do Direito Internacional<sup>2937</sup>.

Essa obrigação de integrar desenvolvimento e meio-ambiente incluiria uma série de elementos diferentes, mas, segundo o entendimento irlandês sobre o assunto, central para o tema seria a exigência de que, quando os Estados tomassem decisões sobre determinadas atividades, eles levassem em conta todas as consequências ambientais dessas decisões<sup>2938</sup>.

Relacionada com essa exigência, de aplicar o conceito de desenvolvimento sustentável, seria a obrigação dos Estados de aplicar padrões correntes de proteção ambiental, não velhos padrões, conforme sublinhou o memorial. Prosseguiu, afirmando que, em circunstâncias onde o impacto e efeitos para o meio-ambiente fossem um tema-chave, como no caso de atividades altamente perigosas, como a operação da usina MOX e atividades associadas, o princípio teria sido posto em prática pela Corte Internacional de Justiça, no Caso Gabcikovo-Nagymaros, destacando-se, em especial, o seguinte trecho: “...essas normas novas devem ser levadas em consideração e a esses novos padrões deve ser dado o peso devido, não apenas quando os Estados contemplarem novas atividades, como também, quando derem continuidade a atividades iniciadas no passado”<sup>2939</sup>.

Tais interpretações implicariam, no caso em estudo, segundo o memorial, que o Reino Unido estaria obrigado, ao tomar qualquer decisão relativa à operação da usina, em 2001, a aplicar os padrões ambientais já existentes naquela época. Não seria apropriado ou legítimo aplicar padrões de 1993, 1996 ou 1998, não levando em conta os subsequentes desenvolvimentos no Direito ou o estado do conhecimento científico, ou ainda, as exigências

---

<sup>2936</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.107. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2937</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.107. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2938</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.107. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2939</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.107/108. Acesso em 19/01/2016.



de proteção ambiental. Mas, segundo se afirmou, teria sido exatamente o que o Reino Unido teria feito.<sup>2940</sup>

A exigência de aplicar padrões correntes seria aplicável, como sustenta a Irlanda, igualmente, para normas substantivas, tratando, por exemplo, de níveis de rejeitos, bem como, para normas procedimentais, por exemplo, impondo requisitos para a cooperação e troca de informações e no que toca ao estudo de impacto ambiental. A abordagem que teria sido adotada pela Corte Internacional de Justiça, no Caso Gabcikovo-Nagymaros, no entender da Irlanda, indicaria ao tribunal arbitral UNCLOS os padrões que se deveria aplicar, na avaliação dos compromissos assumidos pelo Reino Unido, através da Convenção UNCLOS, de 1982, além de outras regras de Direito Internacional, que já seriam aplicáveis em 03/10/2001<sup>2941</sup>.

A Agência de Meio-Ambiente do Reino Unido teria, explicitamente, reconhecido as consequências de sua inabilidade, em considerar a totalidade dos custos econômicos da usina MOX, no contexto de sua proposta decisão sobre a justificação econômica da construção e operação da referida unidade, porque, em outubro de 1998, conforme disse o memorial, teria sido declarado, no Sumário Executivo, volume 3(2), Anexo 95, ser “insatisfatório que a Agência não possua poderes sob o RSA 93 para protocolizar solicitações para uma nova unidade fabril, antes de sua construção. O time em que uma solicitação é recebida é crucial para o envolvimento da Agência na regulação dessa nova unidade. A Agência não está satisfeita com a sua incapacidade de avaliar o projeto econômico completo para o caso da usina MOX”<sup>2942</sup>.

Esse trecho, que o memorial citou, se referiria ao fato da Agência não haver levado em consideração quaisquer dos custos de construção da planta, já à época em que se teria solicitado tomasse a decisão impugnada. Isso constituiria um claro exemplo de fracasso, por parte do Reino Unido, em aplicar padrões para atividades iniciadas no passado, no caso específico, padrões que estariam, inclusive, em vigor, no tempo do início da construção da usina<sup>2943</sup>.

No que tange aos padrões internacionalmente reconhecidos e práticas e procedimentos recomendados, o memorial sustentou que uma determinada quantidade de disposições da Convenção UNCLOS exigiria que os Estados levassem em conta, esses padrões, práticas e procedimentos, os quais fariam parte, hoje em dia, de uma série de instrumentos

---

<sup>2940</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.108. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2941</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.108. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2942</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.108. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2943</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.108/109. Acesso em 19/01/2016.

internacionais, com os quais, o Reino Unido teria se comprometido e apoiado. Tais instrumentos incluiriam os Códigos IMO (International Maritime Organization) - como o Código Internacional para o Carregamento Seguro de Combustível Nuclear Irrradiado, Plutônio e Rejeitos Radioativos de Alto Nível a Bordo de Navios -; as linhas-mestras da Agência Internacional de Energia Atômica; as linhas-mestras da UNEP sobre Estudos de Impacto Ambiental (1987); a Agenda 21 (1992); o Programa Global da UNEP de Ação para a Proteção do Meio-Ambiente Marinho de Atividades Desenvolvidas em Terra (1995); a Estratégia OSPAR em Relação a Substâncias Radioativas (1998) e a Declaração Ministerial de Bergen (2002)<sup>2944</sup>.

No que se refere ao direito aplicável, conclui o memorial que o artigo 293(1) da Convenção UNCLOS encaminharia o tribunal arbitral a aplicar a Convenção UNCLOS e outras regras de Direito Internacional, que não fossem incompatíveis com a convenção em questão. Isso significaria, segundo o ponto de vista irlandês, que as disposições gerais da Convenção UNCLOS poderiam ser aplicadas e interpretadas, à luz de um corpo de normas mais amplo, do Direito Internacional, bem como, que o tribunal arbitral também poderia aplicar outras normas, padrões e práticas internacionais. A Convenção UNCLOS, segundo essa visada, assumiria uma função integrativa, trazendo consigo normas costumeiras e convencionais, regionais e globais. Encaminharia o tribunal arbitral a aplicar todas as normas relevantes do Direito Internacional, no sentido de identificar a natureza e a extensão das obrigações de cada Estado, bem como, para determinar se o comportamento de algum Estado estaria em conformidade com tais obrigações. A única limitação desse encaminhamento seria a aplicação de normas incompatíveis com a Convenção UNCLOS<sup>2945</sup>.

No que pertine ao estudo de impacto ambiental, afirmou a Irlanda estar, há muito tempo, preocupada em assegurar-se que todas as consequências ambientais, para o meio-ambiente marinho do Mar da Irlanda, decorrentes da operação da usina MOX, deveriam ser totalmente identificadas e propriamente estudadas, antes do início dessa operação. A necessidade de estudar os impactos ambientais da usina MOX demandaria, segundo alegou, um estudo das consequências ambientais de todas as atividades, que não ocorreriam, se a operação da usina MOX não existisse. Logo, esse estudo deveria incluir as consequências da usina MOX em si; o aumento da vida útil da usina THORP, que resultaria da operação da usina MOX e as consequências decorrentes; a estocagem de resíduos adicionais produzidos, como resultado da operação da usina MOX e das atividades adicionais da usina THORP; e os

---

<sup>2944</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.109. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2945</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.110. Acesso em 19/01/2016.

riscos trazidos pelos transportes internacionais, relacionados à usina MOX, de material nuclear, de e para o sítio de Sellafield<sup>2946</sup>.

Assim, a identificação e o estudo dos riscos ambientais deveriam ser objeto de um procedimento de estudo de impacto ambiental, incluindo a preparação de uma declaração ambiental por escrito. Os objetivos de um estudo de impacto ambiental adequado seriam, dentre outros, garantir que as atividades cumpririam com as obrigações internacionais ambientais aplicáveis, para assegurar que as medidas protetivas e responsivas adequadas pudessem ser tomadas, para assegurar que as propostas alternativas teriam sido totalmente consideradas e para certificar que partes e Estados interessados estivessem totalmente informados das implicações ambientais do projeto<sup>2947</sup>.

Aduziu a Irlanda que o único estudo de impacto ambiental, que teria sido realizado, no que diz respeito à usina MOX, teria sido preparado em 1993, pela BNFL (a Declaração Ambiental MOX, de 1993). Afirmou, ainda, que teria comunicado as suas preocupações ao Reino Unido, no que tange ao referido ato, pela primeira vez, ainda em 1994. Considerou que ele não atingiria os padrões aplicáveis, da época em que o estudo teria sido elaborado. A preocupação irlandesa seria com respeito à falha no estudo dos efeitos diretos e indiretos da usina MOX, referentemente aos novos padrões ambientais, que teriam entrado em vigor, depois de 1993. Com relação a esse ponto, a Irlanda teria comunicado tais preocupações ao Reino Unido em 1997, 1998, 1999 e em 2000<sup>2948</sup>.

O caso irlandês decorreria, exatamente, do fato de, em outubro de 2001, o Reino Unido haver adotado uma decisão, justificando economicamente a operação da usina MOX, fundamentado em um estudo de impacto ambiental, afirmadamente inadequado, feito em 1993 e jamais atualizado. Isso importaria em uma falha, no estudo das consequências ambientais da usina MOX, levando a uma violação do artigo 206 da Convenção UNCLOS. Especificamente, o Reino Unido teria falhado em estudar, adequadamente, os efeitos ambientais existentes e potenciais, da planta MOX, dentre outros motivos, por não identificar e estudar os efeitos das descargas adicionais de efluentes no Mar da Irlanda, decorrentes da operação adicional da usina THORP; de estudar o estado do Mar da Irlanda e determinar os efeitos cumulativos das descargas da usina MOX e as consequências das descargas adicionais de efluentes, decorrentes da usina THORP, no Mar da Irlanda; de estudar os efeitos dos transportes internacionais através do Mar da Irlanda, de materiais nucleares associados à usina

---

<sup>2946</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.111. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2947</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.111. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2948</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.111. Acesso em 19/01/2016.

MOX; em estudar os possíveis efeitos ambientais de eventuais acidentes ou ataques terroristas à usina MOX ou aos transportes internacionais associados a ela; em explicar o motivo de haver limitado o amplo leque de impactos, no estudo realizado; em considerar alternativas reais; no uso adequado da informação ou em justificar as escolhas feitas, ao lidar com tais informações; em considerar quaisquer efeitos da usina MOX, além dos efeitos diretos; e em considerar adequadamente os efeitos ambientais da descontinuidade da usina MOX<sup>2949</sup>.

Por esses motivos, afirmou a Irlanda que o Reino Unido teria descumprido o artigo 206 da Convenção UNCLOS e que essas falhas estariam no coração da presente disputa, já que isso importaria em falha no cumprimento do dever de cooperação e de prevenir a poluição. Assim, as violações do artigo 206 da Convenção UNCLOS estariam relacionadas a outras violações da dita convenção, inclusive a incapacidade de cooperar com a Irlanda, como determinado pelos artigos 123 e 197 e o fracasso em tomar todas as medidas necessárias para assegurar que as atividades, sob sua jurisdição ou controle, seriam conduzidas de modo a não causar dano pela poluição, como previsto no artigo 194 e disposições seguintes, da mesma convenção<sup>2950</sup>.

A Irlanda entendeu que o Reino Unido teria violado a obrigação de identificar todas as possíveis consequências ambientais, para o Mar da Irlanda, decorrentes da autorização de funcionamento da usina MOX, porque a Declaração Ambiental MOX, de 1993, não estaria de acordo com os padrões legais aplicáveis, já quando foi elaborada; e porque teria deixado de atualizar ou rever o ato, de acordo com o direito aplicável, no tempo da autorização, ou seja, em 2001<sup>2951</sup>.

O memorial também discorreu sobre a fonte das obrigações legais que mencionou, afirmando que o artigo 206 da Convenção UNCLOS imporia a obrigação de estudar todos os efeitos potenciais, como já mencionado. Ele deveria ser interpretado, por regras normais de interpretação, como referidas no artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em particular, com base no artigo 31(1). O contexto a que se referiria o artigo 31(1), em tela, incluiria as obrigações do Reino Unido, com base em outros acordos internacionais, notadamente a Diretiva da Comunidade Europeia 85/337 sobre Estudo de Impacto Ambiental; a Convenção UNECE, de 1991, sobre Estudo de Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço; as Metas e Princípios UNEP de Estudo de Impacto Ambiental,

---

<sup>2949</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.111/112. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2950</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.112. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2951</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.112/113. Acesso em 19/01/2016.

de 1987; o Programa Global de Ação, de 1995; e o Capítulo 17, da Agenda 21. Tais instrumentos serviriam como um guia relevante para a interpretação dos deveres impostos pelo artigo 206 da Convenção UNCLOS e como instâncias das “outras regras de Direito Internacional que não sejam incompatíveis com essa convenção”, o tribunal deveria, segundo o entendimento irlandês, aplicá-las ao caso em exame, segundo o artigo 293(1) da Convenção UNCLOS.<sup>2952</sup>

Mais a frente, ao discorrer sobre os deveres decorrentes da Convenção UNCLOS, especificamente, ao abordar o artigo 206 da referida convenção, afirmou o memorial que a obrigação essencial existente no mencionado artigo seria a de fazer o estudo do risco ao meio-ambiente. Essa regra seria uma regra do Direito Internacional geral, cujo propósito seria o de assegurar que tais atividades pudessem ser efetivamente controladas, bem como, para manter os outros Estados informados sobre riscos potenciais e efeitos de tais atividades<sup>2953</sup>.

Esse entendimento seria confirmado pelos termos do artigo 7º, do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços, Decorrentes de Atividades de Risco, de 2001<sup>2954</sup>.

Um estudo ambiental, prosseguiu, teria dois propósitos. O primeiro, o de minimizar riscos ambientais e garantir que Estados vizinhos estariam perfeitamente informados de quaisquer atividades, que pudessem causar risco, para que seus pontos de vista pudessem ser conhecidos e seus interesses, levados em conta. Portanto, se trataria de um pilar central do dever de cooperação, conforme sustentou o memorial<sup>2955</sup>.

Assim, de acordo com a dicção do artigo 206 da Convenção, em primeiro lugar, haveria motivos razoáveis para acreditar que a usina MOX poderia causar poluição substancial ou mudanças significantes e danosas ao meio-ambiente marinho. Além disso, o artigo 206 estabeleceria que qualquer estudo deveria ser feito, da forma mais ampla, quanto possível. Poderia ser argumentado pelo Reino Unido que tais termos poderiam impor certo grau de discricção ao Estado, que seria encarregado de realizar o estudo. No entanto, a questão seria de fato, sendo influenciada, por sua vez, pela outras regras de Direito Internacional, que imporiam obrigações. No caso da usina MOX, as condições específicas que tratariam do estudo de impacto ambiental seriam a Diretiva 85/337, do Direito Comunitário Europeu; as linhas-mestras UNEP, de 1987; e a Convenção de Espoo, de 1991. Tais instrumentos definiriam, com precisão, a natureza do estudo de impacto ambiental, que deveria ser feito,

---

<sup>2952</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.113. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2953</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.113. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2954</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.114. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2955</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.114. Acesso em 19/01/2016.

segundo a opinião da Irlanda. Como eles trariam exigências legais, não haveria espaço para que o Reino Unido viesse a alegar que algo que seria exigido por lei não seria factível<sup>2956</sup>.

Por sua vez, o Capítulo 17 da Agenda 21, repetidamente, obrigaria o Reino Unido a realizar estudos em projetos, que pudessem ter algum impacto no ambiente marinho, geralmente, demandando um estudo prévio, observação sistemática e acompanhamento dos projetos maiores, incluindo a sistemática incorporação dos resultados na tomada de decisões futuras. Esse estudo prévio seria necessário para prevenir, reduzir e controlar a degradação do ambiente marinho e seria central, para que existisse prevenção e antecipação, ao invés de uma abordagem reativa. Exigências similares seriam impostas pelo Programa Global de Ação, de 1995, que adicionalmente, requereria ao Estado a preparação de um abrangente estudo ambiental, dos efeitos no ambiente marinho e costal, dos dejetos anteriores e atuais das substâncias radioativas<sup>2957</sup>.

Assim, as outras normas de Direito Internacional definiriam, em termos concretos, as exigências mais gerais do artigo 206 da Convenção UNCLOS, fazendo menção às Metas e Princípios da UNEP, de 1987; a Diretiva 85/337/EEC; e a Convenção de Espoo, de 1991. As exigências em comum desses três diplomas seriam: descrição da atividade proposta; descrição do meio-ambiente potencialmente afetado; descrição das alternativas razoáveis e práticas, incluindo a alternativa de nada fazer; um estudo sobre os impactos ambientais possíveis ou potenciais e as alternativas, incluindo os efeitos diretos, indiretos, cumulativos, de curto prazo e de longo prazo; identificação e descrição das medidas disponíveis para prevenir, mitigar ou minimizar ou afastar impactos adversos ao meio-ambiente, causados pela atividade proposta, além de alternativas e um estudo sobre essas medidas; uma indicação das lacunas no conhecimento e incertezas, que podem ser encontradas ao compilar a informação requerida; uma indicação dos métodos preventivos e presunções assumidas, bem como, a informação ambiental relevante utilizada; programas de monitoramento e gerenciamento, além de quaisquer planos para análise de pós-projetos; uma indicação se o meio-ambiente de qualquer outro Estado poderia ser afetado pelas atividades propostas ou alternativas; e um sumário não-técnico da informação proposta<sup>2958</sup>.

Uma vez que se trataria de exigências comuns aos três diplomas mencionados, o memorial deduziu que seriam exigências geralmente existentes, no Direito Internacional, esclarecendo o que seria factível de ser feito, nos termos do artigo 206 da Convenção. A

---

<sup>2956</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.114/115. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2957</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.115. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2958</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.119. Acesso em 19/01/2016.

declaração ambiental, concluiu, seria uma parte essencial de um sistema abrangente de gerenciamento ambiental, no contexto da mencionada convenção<sup>2959</sup>.

Ao detalhar melhor a questão da necessidade de atualizar o estudo de impacto ambiental, o memorial afirmou que, apesar dos três instrumentos referidos definirem precisamente o conteúdo do documento, eles seriam silentes sobre o que aconteceria, quando um projeto fosse iniciado, com a elaboração de um estudo de impacto ambiental, mas, tendo ocorrido um atraso significativo, por exemplo, de cinco anos ou mais, entre a preparação do documento e a final aprovação pelas autoridades nacionais<sup>2960</sup>.

Ora, um documento ambiental, como a declaração ambiental ou o relatório, teria de ser, necessariamente, limitado no tempo e no espaço, não podendo servir como uma espécie de licença, para desenvolver a planta em outro lugar ou em outra época. Mas, a Declaração Ambiental MOX, de 1993, seria assim tratada pelas autoridades do Reino Unido. O documento teria sido elaborado em 1993, aprovado pela municipalidade em 1994 e aprovado pela autoridade nacional, somente em outubro de 2001, oito anos depois da elaboração<sup>2961</sup>.

Tal retardo não teria sido considerado pelas cortes e tribunais competentes, para verificar a adequação à Diretiva 85/337/EEC e a Convenção de Espoo, de 1991. No entanto, haveria uma referência ao tema, em um caso julgado pela Corte Europeia de Justiça, no qual, o projeto teria sido iniciado, mas não concluído, antes da entrada em vigor da Diretiva 85/337/EEC, de 1988, que teria obtido o consentimento para operação, após 1988. Porém, essa referência teria se dado somente em um *obiter dictum*.<sup>2962</sup>

Ocorre, que o tema, que não teria sido enfrentado em um tribunal europeu, o teria sido em um caso perante a Corte Internacional de Justiça, o Caso Gabcikovo-Nagymaros, tratando a hipótese de um projeto iniciado em 1977, sendo avaliado pela corte em 1997, motivo pelo qual, o tribunal afirmou que, “para avaliar os riscos ambientais, padrões atuais precisam ser tomados em consideração”.<sup>2963</sup>

Especificamente, existiria o voto em separado do Juiz Weeramantry, o qual teria destacado o Princípio do Estudo Continuo do Impacto Ambiental, já que o estudo não destinaria somente a autorizar o início do empreendimento, mas, para que fossem realizadas avaliações, ao longo do desenvolvimento de todo o projeto. De igual modo, incidiria o

<sup>2959</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.119/120. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2960</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.120. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2961</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.120. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2962</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.120. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2963</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.120/121. Acesso em 19/01/2016.

Princípio da Contemporaneidade na Aplicação de Normas Ambientais. Sustentou o memorial que esse princípio, aplicado no Caso Gabcikovo-Nagymaros, seria de aplicação geral.<sup>2964</sup>

A seguir, o memorial irlandês rememorou todos os fatos, que teriam levado à solução arbitral, concluindo, afinal, que teria havido violação ao artigo 206 da Convenção UNCLOS, pelo Reino Unido, no que toca à falta do estudo de impacto ambiental, pelas razões já mencionadas<sup>2965</sup>.

No que diz respeito ao aspecto do dever de cooperação, afirmou o memorial que teria ocorrido, igualmente, uma falha do ponto de vista procedimental, que, por si só, não seria apta a causar dano físico ou econômico. Porém, ela teria obstaculizado um mecanismo de segurança da Convenção UNCLOS, que asseguraria que esse dano físico ou econômico não seria causado pela implementação de projetos como a usina MOX<sup>2966</sup>.

Distinguiu, ainda, as duas obrigações. A obrigação de elaborar um estudo de impacto ambiental adequado poderia ser cumprida unilateralmente. Por outro lado, o dever de cooperar, não. Também se distinguiria da obrigação de tomar medidas para proteger o meio-ambiente marinho, outra obrigação violada, no sentido em que, o dever de cooperar se relacionaria com o procedimento, pelo qual, as decisões que levariam a tais medidas protetivas<sup>2967</sup>.

As obrigações violadas seriam o dever de informar, o dever de consultar e o dever de coordenação. Tais lacunas cooperativas abrangeriam o estudo de impacto ambiental, proteção e preservação do meio-ambiente marinho e aos transportes de material nuclear associados à usina MOX<sup>2968</sup>.

No que diz respeito ao tema da prevenção da poluição, afirmou o memorial que as partes não discutiriam se haveria descargas radioativas no Mar da Irlanda, intencionais ou não. As partes estariam em desacordo sobre a compatibilidade de tais consequências, que seriam decorrentes da autorização e operação da usina MOX com as obrigações do Reino Unido, relativamente à Convenção UNCLOS. O que sustentou a Irlanda é que, ao permitir que tais consequências venham a ocorrer, o Reino Unido violaria as suas obrigações perante a referida convenção<sup>2969</sup>.

---

<sup>2964</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.121. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2965</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.136. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2966</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.139. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2967</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.139. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2968</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.140. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2969</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.201. Acesso em 19/01/2016.



Essa alegada violação seria consubstanciada pelo fato do Reino Unido não ter tomado todas as medidas consistentes com a Convenção UNCLOS, de 1982, que seriam necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição no Mar da Irlanda; não ter tomado todas as medidas necessárias para assegurar que a usina MOX não causaria dano por poluição à Irlanda e ao seu meio-ambiente; não ter tomados todas as medidas necessárias para assegurar que essa poluição, da usina MOX, não se espalhasse para outras áreas, no exercício de seus direitos soberanos; não ter tomado as medidas necessárias para minimizar na maior extensão possível o lançamento de substâncias radioativas, em decorrência da autorização para o funcionamento da usina MOX; ter falhado ao implementar regras e padrões internacionais aplicáveis para prevenir, reduzir e controlar a poluição no Mar da Irlanda, decorrente da autorização do funcionamento da usina MOX; falhar em tomar todas as medidas necessárias para minimizar, ao máximo possível, a poluição de navios envolvidos no transporte de substâncias radioativas, associadas à usina MOX; falhar em assegurar o cumprimento, por navios operando com a sua bandeira ou com o seu registro, de normas e padrões internacionais aplicáveis, bem como, em assegurar que tais navios, associados ao transporte de bens relacionados à usina MOX, fossem proibidos de partir, quando não cumprissem com tais normas e padrões; em tomar medidas destinadas a minimizar, no máximo possível, as descargas na atmosfera, de substâncias radioativas, decorrentes da autorização de funcionamento da usina MOX; e em adotar normas e regulamentos, bem como, tomar outras medidas necessárias à implementação das normas e padrões internacionais, para prevenir, reduzir e controlar a poluição no Mar da Irlanda e na atmosfera<sup>2970</sup>.

Por fim, aduziu a Irlanda que o Mar da Irlanda já seria um dos mares com maior contaminação radioativa no mundo, muito por força de haver sido exposto à radiação decorrente de atividades, que viriam ocorrendo em Sellafield, desde a década de quarenta. A Convenção UNCLOS teria sido adotada pela comunidade internacional, em grande parte, para evitar as consequências da poluição desse tipo, bem como, para assegurar sejam remediadas<sup>2971</sup>.

Concluindo o seu arrazoado, entende a Irlanda que o tribunal arbitral UNCLOS teria duas distintas funções, no caso em estudo. Uma função seria a de determinar ao Reino Unido

---

<sup>2970</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.201. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2971</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.247. Acesso em 19/01/2016.

o cumprimento de suas obrigações, previstas na convenção UNCLOS, no que se referiria aos artigos já mencionados, ao longo da petição<sup>2972</sup>.

A segunda função seria a de decidir sobre o requerimento irlandês, para que se ordenasse ao Reino Unido, que se abstinhasse de autorizar ou de falhar em prevenir a operação da usina MOX e/ou movimentos internacionais de materiais radioativos, partindo ou vindo do Reino Unido, relacionados à operação da usina MOX ou qualquer atividade preparatória ou associada à operação da referida usina, em particular, o reprocessamento de combustível usado, na usina THORP, para os propósitos da usina MOX, até que fosse elaborado um estudo de impacto ambiental adequado, avaliando os impactos diretos e indiretos da operação da usina e instalações associadas, bem como, relacionados ao movimento internacional de materiais radioativos; além disso, até que fosse demonstrado que a operação da usina MOX e instalações associadas e movimentos internacionais de material radioativo relacionados resultariam em descargas deliberadas de materiais não-radioativos, inclusive rejeitos, direta ou indiretamente, no Mar da Irlanda; e ainda, que tenha sido acordada e adotada, conjuntamente com a Irlanda, uma estratégia ou plano abrangente, para prevenir, conter e responder a um ataque terrorista, na usina MOX e instalações associadas, além dos movimentos internacionais de rejeitos radioativos, ligados à usina<sup>2973</sup>.

## 2.2 O Contra-memorial do Reino Unido<sup>2974</sup>

Por seu turno, o contra-memorial do Reino Unido, datado de 09/01/2003, abordou o contexto factual e regulatório; os fatos técnico-científicos; a questão da jurisdição; o artigo 206 da Convenção UNCLOS; cooperação e medidas para prevenir, reduzir e controlar a poluição<sup>2975</sup>.

Inicialmente, o Reino Unido destacou que o tribunal arbitral em questão teria sido, somente, o segundo constituído com base no Anexo VII da Convenção, de modo que, a decisão final seria um elemento importante de interpretação e aplicação da Parte XV, com importantes implicações<sup>2976</sup>.

---

<sup>2972</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.247/248. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2973</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.247/248. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2974</sup> [www.pca-cpa.org/UK%20Counter%20-Memorial1504.pdf?fil\\_id=227.p1/253](http://www.pca-cpa.org/UK%20Counter%20-Memorial1504.pdf?fil_id=227.p1/253). Acesso em 10/01/2016.

<sup>2975</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.1. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2976</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.1. Acesso em 19/01/2016.

De igual modo, antes de iniciar a sua defesa perante o tribunal arbitral UNCLOS, o Reino Unido fez menção a dois outros procedimentos, que estariam pendentes ou em vias de serem iniciados<sup>2977</sup>.

Iniciou o Reino Unido, afirmando que, em 15/06/2001, a Irlanda teria iniciado um procedimento arbitral, com base no artigo 32 da Convenção OSPAR, referindo o pleito a acesso à informação, sob o artigo 9º da Convenção OSPAR. Ao tempo do contramemorial, a decisão final, já comentada no presente trabalho, não havia, ainda, sido emitida<sup>2978</sup>.

Também alegou o Reino Unido que a Irlanda, de tempos em tempos, teria ameaçado o Reino Unido com procedimentos perante a Corte Europeia de Justiça, o que não teria, ainda, se materializado, ao tempo do contra-memorial<sup>2979</sup>.

O Reino Unido também fez menção ao pleito cautelar, ajuizado perante o tribunal internacional ITLOS, do mesmo sistema, em 09/11/2001, tendo evidenciado o fato daquele tribunal não haver concedido a medida provisional requerida, mas, no dia 03/12/2001, determinado à Irlanda e ao Reino Unido, que iniciassem consultas. Afirmou o Reino Unido ter se oferecido para revisar a cooperação existente, tendo em vista eventuais melhoramentos, o que não teria sido ainda respondido pela Irlanda<sup>2980</sup>.

No que toca ao pleito, afirmou o Reino Unido ter recebido uma correspondência irlandesa, datada de 15/03/2002, na qual se diria que a Irlanda desejava o fechamento do sítio de Sellafield e que estaria determinada a continuar os procedimentos, para atingir esse resultado. Porém, afirmou o Reino Unido, que os procedimentos em questão não envolveriam o sítio de Sellafield como um todo, apenas a usina MOX.<sup>2981</sup>

Afirmou o Reino Unido que a Irlanda teria chegado a promover uma emenda à sua inicial, referindo-se igualmente à usina THORP. Ocorre que o Reino Unido afirmou ter concordado com a emenda, apenas, pelo fato da Irlanda ter dito que a emenda tentaria cobrir, somente, as consequências necessárias da usina MOX. Em tendo sido deferida a emenda, a corte teria deixado claro que ela deveria ser interpretada em conjunto com a nota explanatória, com a qual teria concordado o Reino Unido<sup>2982</sup>.

O Reino Unido esclareceu que o reprocessamento envolvendo plutônio, na usina MOX, teria começado em dezembro de 2001, em seguida a duas decisões regulatórias, sendo

---

<sup>2977</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.5. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2978</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.5. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2979</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.5. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2980</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.6. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2981</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.7/8. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2982</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.9. Acesso em 19/01/2016.

a primeira tomada em 03/10/2001, pelo Secretário de Estado de Meio-Ambiente, Alimentos e Assuntos Rurais e pela Secretaria de Estado da Saúde, nos termos da Diretiva EURATOM, tendo sido entendido que a manufatura do combustível MOX seria justificável, nos termos do artigo 6(1), da Diretiva EURATOM 96/29<sup>2983</sup>.

A segunda decisão teria sido tomada em 19/12/2001, pela Executiva de Saúde e Segurança do Reino Unido, tendo sido autorizado o reprocessamento envolvendo plutônio, na usina MOX, de acordo com a licença dada à BNFL para operar Sellafield, nos termos do Ato de Instalações Nucleares, de 1965<sup>2984</sup>.

O Reino Unido teria deixado claro à Irlanda que as decisões tomadas em outubro de 2001 não seriam, como pareceria crer a Irlanda, decisões que autorizariam reprocessamento adicional pela usina THORP. Reafirmou o Reino Unido que qualquer mudança ou variação nos contratos já existentes, relativos à usina THORP, deveriam ser objeto de nova autorização pela Secretaria de Estado, com base em consulta feita à Autoridade de Gerenciamento de Riscos (LMA). Logo, não seria verdadeiro que as usinas MOX e THORP estariam inevitavelmente ligadas, como teria dito a Irlanda em seu memorial. A autorização que teria sido dada à BNFL seria para produzir o combustível MOX, a partir do plutônio que, já houvesse sido ou viesse a ser separado, na usina THORP, a partir de contratos de reprocessamento já existentes. Segundo evidências vindas da BNFL, seria incerto que a usina THORP viesse a receber contratos de reprocessamento adicionais<sup>2985</sup>.

O Reino Unido invocou o precedente da Corte Internacional de Justiça, no Caso "*Headquarters Agreement*", no sentido de que, somente seria justificável o caso, envolvendo a usina THORP, se novos contratos de reprocessamento existissem, porque “a existência da disputa pressupõe um pleito decorrendo de um comportamento ou de uma decisão de uma das partes”.<sup>2986</sup>

Também não haveria base para a assertiva da Irlanda, segundo a qual, caso a usina MOX não estivesse operando, não haveria justificativa econômica para operação da usina THORP e as descargas a partir de THORP, líquidas e gasosas, viriam, eventualmente, a tornar-se zero<sup>2987</sup>.

Sustentou o Reino Unido que as usinas THORP e MOX seriam separadas, operacional e comercialmente. Caso MOX não estivesse em operação, a usina THORP iria continuar a

<sup>2983</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.9. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2984</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.9. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2985</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.10. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2986</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.12. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2987</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.12. Acesso em 19/01/2016.

operar, para prosseguir cumprindo os contratos de reprocessamento ainda existentes, como já estaria fazendo, antes da decisão de 03/10/2001 e já o faria, por oito anos, até a data deste contra-memorial<sup>2988</sup>.

Alega-se, igualmente, que, quando a usina THORP teria sido concebida, no início dos anos setenta, não se havia imaginado que o plutônio, oriundo do seu reprocessamento, poderia vir a ser utilizado na manufatura do combustível MOX. Como teria sido deixado claro, na decisão de 03/10/2001, caso a usina MOX não tivesse entrado em operação, a usina THORP iria prosseguir reprocessando combustível, de acordo com contratos já existentes<sup>2989</sup>.

Quanto à lei aplicável à disputa, o Reino Unido enfatizou a expressão “essa convenção”, constante dos artigos 286 e 288(1) da Convenção UNCLOS. Segundo o Reino Unido, a necessidade de enfatizar esse ponto decorreria do fato do memorial haver feito menção a um amplo leque de instrumentos internacionais, afirmando que o Reino Unido os teria descumprido. A justificativa de que esses instrumentos seriam guias para a interpretação UNCLOS, não seria aceita pelo Reino Unido, porque o artigo 293 não alargaria a jurisdição do tribunal arbitral, para revisar e aplicar todas as obrigações, declarações e princípios, que não fossem incompatíveis com a Convenção UNCLOS, porque o artigo 288 governaria os limites da jurisdição do tribunal arbitral, o qual mencionaria a aplicação “dessa convenção”<sup>2990</sup>.

Delimitando o aspecto temporal, o Reino Unido afirmou que as disposições da Convenção UNCLOS não seriam vinculantes para si, em relação a qualquer ato ou fato ocorrido antes de 24/08/1997 ou a qualquer situação, que teria cessado de existir, anteriormente a tal data. Por outro lado, a disputa teria se cristalizado, no mínimo, na data da instituição dos procedimentos, 25/10/2001<sup>2991</sup>.

Porém, segundo o Reino Unido, muitos dos episódios ou eventos mencionados pela Irlanda, em seu memorial, teriam ocorrido fora desse período, que seria o relevante para o caso. Assim, por exemplo, nenhum descumprimento da Convenção UNCLOS poderia ocorrer do fato da usina THORP não ter tido um estudo de impacto ambiental, dentre outras razões, porque, mesmo que a dita convenção houvesse imposto essa obrigação, o Reino Unido não poderia estar a ela sujeito, já que as decisões relevantes teriam sido proferidas em dezembro de 1993. Além disso, uma vez que a Declaração Ambiental da usina MOX seria de outubro de

---

<sup>2988</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.12. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2989</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.12/13. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2990</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.13. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2991</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.14. Acesso em 19/01/2016.

1993, antes da entrada em vigor da Convenção UNCLOS, para o Reino Unido, nenhuma violação da convenção poderia surgir, quando essa declaração foi preparada e publicada<sup>2992</sup>.

Outro aspecto destacado pelo contra-memorial, foi que a evidência técnico-científica possuiria um peso importante nesse caso, onde se teria alegado que a operação da usina MOX produziria certas consequências, que o Reino Unido teria negado, apesar do memorial ter afirmado que não se trataria de uma disputa sobre ciência<sup>2993</sup>.

Quanto ao contexto factual e regulatório, o Reino Unido demonstraria que a construção e autorização de cada uma das usinas do sítio de Sellafield teriam sido, em todos os seus estágios, objeto de pesquisas, no tocante a regulações domésticas e europeias<sup>2994</sup>.

No que se refere, especificamente, ao contexto regulatório, afirmou o Reino Unido que o memorial daria a impressão que o Reino Unido teria permitido a autorização e a operação da usina THORP e da usina MOX em um vácuo legal, mas isso não seria verdadeiro, porque o reprocessamento, a manufatura e o transporte do combustível nuclear estariam sujeitos a uma forte regulação, nos níveis internacional, europeu e doméstico. Em seguida, o contra-memorial fez um histórico das fases de operação das usinas do sítio de Sellafield<sup>2995</sup>.

Nesse histórico, o contra-memorial fez importante menção à opinião da Comissão das Comunidades Europeias, com base no artigo 37 do Tratado EURATOM, emitida em fevereiro de 1997, na qual, se afirmaria que as emissões dos efluentes estariam abaixo dos limites mínimos permitidos e que os seus efeitos seriam negligenciáveis. Afirmou o Reino Unido que a Irlanda jamais teria afirmado que a opinião estaria errada<sup>2996</sup>.

O contra-memorial também relatou o processo de justificação da usina MOX, de forma similar ao que já havia ocorrido, no caso exposto perante o tribunal arbitral da Convenção OSPAR<sup>2997</sup>.

Quanto a esse particular, o Reino Unido afirmou que a decisão adotada pela Secretaria de Estado, em 03/10/2001, significaria que a produção do combustível MOX seria uma prática justificável, por seus benefícios econômicos, sociais e outros, em contrapartida aos riscos à saúde, os quais seriam, como já dito, negligenciáveis. Não significaria, como afirmou o memorial, que a usina em si seria justificável<sup>2998</sup>.

---

<sup>2992</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.14. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2993</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.14/15. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2994</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.17. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2995</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.17. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2996</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.23/24. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2997</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.24/26. Acesso em 19/01/2016.

<sup>2998</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.26. Acesso em 19/01/2016.

A referida decisão teria sido objeto de ação judicial na Inglaterra, cujos autores seriam o Greenpeace e os Amigos da Terra, duas organizações não-governamentais, sob o fundamento de que determinados custos não teriam sido levados em consideração, na conta, alegação que teria sido julgada improcedente, em 15/11/2001, tendo a decisão sido considerada legal. O recurso teria sido improvido em 07/12/2001. Somente depois disso, em 19/12/2001, a Executiva de Saúde e Segurança teria autorizado a utilização do plutônio na usina MOX<sup>2999</sup>.

Quanto à regulação aplicável, o Reino Unido lembrou a sua afirmação de que a jurisdição do tribunal estaria limitada à Convenção UNCLOS, mas que, seria vital que o tribunal arbitral apreciasse que a área seria pesadamente regulada e que o Reino Unido atenderia a toda essa regulação do setor<sup>3000</sup>.

O Reino Unido fez menção à Convenção sobre Segurança Nuclear, Convenção sobre a Proteção Física do Material Nuclear, Convenção Conjunta sobre Segurança do Gerenciamento de Combustível Usado e sobre a Segurança do Gerenciamento de Rejeitos Radioativos, as Regulações da Agência Internacional de Energia Atômica sobre o Transporte Seguro de Material Radioativo. De igual modo, mencionou as normas da Organização Marítima Internacional (IMO), da Comissão Internacional sobre Proteção Radiológica (ICRP), além das organizações regionais e suas regulações<sup>3001</sup>.

Quanto a tal particular, o contra-memorial referiu-se, especificamente, à Diretiva 85/337/EEC, sobre o estudo de impacto ambiental, que teria sido internalizada no Reino Unido pelas Regulações para o Planejamento da Cidade e do Campo, de 1988; o artigo 37 do Tratado EURATOM; o artigo 6(1), da Diretiva 96/20/EURATOM. Também foi mencionada, como regulação aplicável, a Convenção OSPAR, de 1992. Por fim, o contra-memorial tratou da regulação doméstica<sup>3002</sup>.

Um ponto importante do contra-memorial do Reino Unido disse respeito à questão do transporte marítimo, tendo sido dito que o Reino Unido iria além do que seria, atualmente, exigido, em termos de regulações internacionais aplicáveis<sup>3003</sup>. Mais ainda, que a implementação de tais regulações constituiria boas práticas, que poderiam servir de modelo

---

<sup>2999</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.26. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3000</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.27. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3001</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.27/32. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3002</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.32/47. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3003</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.47. Acesso em 19/01/2016.

para as autoridades competentes de outros Estados, de modo que seria muito pouco provável que pudessem servir de base para uma alegação de violação da Convenção UNCLOS<sup>3004</sup>.

O contra-memorial do Reino Unido trouxe um capítulo sobre os fatos técnico-científicos, a demonstrar que a usina MOX não apresentaria impactos ou efeitos danosos, diretos ou indiretos, sobre o meio-ambiente marinho ou sobre a Irlanda. Prosseguiu afirmando que a Irlanda teria afirmado que as duas usinas estariam inevitavelmente ligadas, porque ela jamais teria contestado os dados sobre as descargas radioativas da usina MOX e jamais teria sugerido que a usina MOX, por si só, houvesse produzido algum impacto sobre o meio-ambiente marinho, à exceção das descargas radioativas da planta, motivo pelo qual, teria feito menção à usina THORP<sup>3005</sup>.

Para negar os fatos referidos pela Irlanda, em seu memorial, o contra-memorial trouxe em anexo relatórios de diversos especialistas, em diversos ramos do conhecimento, além de várias testemunhas. Não é do interesse do presente trabalho incursionar em detalhes técnico-científicos, como os mencionados no contra-memorial<sup>3006</sup>.

No capítulo seguinte, atinente ao aspecto da jurisdição, o contra-memorial destacou a alegação irlandesa de que, apesar de pretender defender alegados direitos contidos na Convenção UNCLOS, teria afirmado que o tribunal arbitral teria jurisdição para decidir alguns temas, que teriam sido extraídos de outros instrumentos internacionais. A esse respeito, o tribunal internacional ITLOS já teria manifestado, afirmando que, mesmo que os procedimentos existentes com base na Convenção OSPAR, no Tratado da União Europeia e no Tratado EURATOM, contivessem direitos ou obrigações similares ou idênticas às da Convenção UNCLOS, ainda assim, teriam uma existência distinta daquelas constantes na dita convenção. Porém, mais tarde, o tribunal internacional ITLOS teria notado que os procedimentos instalados com base na Convenção OSPAR, no Tratado da União Europeia e no Tratado EURATOM lidariam com disputas concernentes à interpretação ou aplicação daqueles tratados, não com disputas decorrentes da Convenção UNCLOS e que a disputa perante o tribunal arbitral constituído com base no Anexo VII se referiria à interpretação e aplicação da Convenção e nenhum outro acordo internacional<sup>3007</sup>.

A partir daí, a Irlanda, em seu memorial, teria passado a tratar do direito aplicável, dizendo que o tribunal arbitral precisaria aplicar a Convenção UNCLOS e outras regras de Direito Internacional, que não fossem com ela incompatíveis. A Irlanda teria, então,

---

<sup>3004</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.55. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3005</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.56. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3006</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.58/59. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3007</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.97. Acesso em 19/01/2016.



mencionado mais de vinte outros instrumentos internacionais, os quais, precisariam se aplicados ao contexto do caso, inclusive, a Convenção OSPAR, regras relevantes da União Europeia e outros. Mas, uma boa parte delas se tornaria central nas alegações lançadas contra o Reino Unido<sup>3008</sup>.

Logo, segundo o ponto de vista do Reino Unido, a jurisdição do tribunal arbitral seria dramaticamente alargada, porque a disputa não seria mais sobre a interpretação e aplicação da Convenção UNCLOS e nenhum outro instrumento internacional, mas, sobre a interpretação e aplicação de um enorme corpo de normas de Direito Internacional, que se afirmaria ter sido incorporado e aplicável, como parte da Convenção UNCLOS<sup>3009</sup>.

Porém, o fundamento para a jurisdição do tribunal arbitral seria o artigo 288 (1) da Convenção UNCLOS, que estipularia que a corte ou tribunal teria jurisdição ”sobre qualquer disputa relativa à interpretação ou aplicação desta Convenção”<sup>3010</sup>.

Os Estados-parte, por essa expressão, teriam evidenciado uma clara intenção de que a jurisdição da corte ou tribunal devesse ser confinada a disputadas relativas à interpretação e aplicação da Convenção UNCLOS. Como nenhum dos outros acordos, aos quais teria se referido o memorial, diria respeito ao mecanismo de solução de controvérsias da Convenção UNCLOS, o tribunal arbitral não teria a jurisdição alargada referida pelo artigo 288(2)<sup>3011</sup>.

Quanto ao aspecto dos meios alternativos para solução de controvérsias, alegou o Reino Unido que o tribunal referido pelo artigo 287 não teria jurisdição, quando as partes em disputa houvessem concordado em submeter as suas questões a outra forma de solução<sup>3012</sup>.

Por sua vez, o artigo 281(1) se referia às circunstâncias nas quais os Estados, que possuiriam uma disputa relativa à interpretação e aplicação da Convenção UNCLOS, concordariam em resolver a controvérsia por outros meios. Nele se lia que “os procedimentos previstos nesta Parte somente se aplicam, caso nenhuma solução se encontre pelo recurso aos outros meios e o acordo entre as partes não exclua qualquer outro procedimento”<sup>3013</sup>.

Assim, deveria ser aplicado o artigo 282 da Convenção, o qual, por sua vez, afirmaria que “se os Estados-parte que estão em uma disputa relativa à interpretação ou aplicação da Convenção concordaram, através de um acordo geral, regional ou bilateral ou qualquer outro,

---

<sup>3008</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.97/98. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3009</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.98. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3010</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.98. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3011</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.99. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3012</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.99. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3013</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.99. Acesso em 19/01/2016.

que essa disputa seja, a requerimento de qualquer das partes, submetido a procedimento que leve a decisão vinculante, esse procedimento deve ser aplicado em lugar dos procedimentos trazidos por essa Parte, a não ser que as partes em disputa concordem.”<sup>3014</sup>

Além disso, no que tange à parte do postulado pela Irlanda, que se referiria ao Direito Europeu, que seria uma grande parte do caso – diretivas sobre declarações ambientais, qualidade das águas para banho, descargas de rejeitos nas águas, conservação de aves selvagens, tratamento rejeitos de águas urbanas e a justificação de certas atividades nucleares -, além de referências a vários tratados, nos quais, a Comunidade Europeia seria parte, o Reino Unido sustentou que a Comunidade Europeia seria parte em mais de mil tratados, concluídos com base no Direito Internacional Público, com outras pessoas jurídicas internacionais. Eles incluiriam muitos tratados multilaterais, dentro os quais a Convenção UNCLOS. Em alguns desses tratados, a Comunidade Europeia seria parte junto com outros Estados europeus, chamando-se “tratados mistos”, como seria o caso da Convenção UNCLOS<sup>3015</sup>.

Ao depositar o seu instrumento de confirmação formal da Convenção UNCLOS, a Comunidade Europeia faria uma declaração, de acordo com o artigo 2º, do Anexo IX, sobre a sua competência, com respeito aos assuntos tratados. A sua declaração, no que toca à Parte XII, seria no sentido de que esse seria um assunto, no qual, a competência seria distribuída entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros. Especificamente, quanto às disposições sobre transporte marítimo, segurança de navegação e a prevenção da poluição marinha, a Comunidade possuiria competência exclusiva. Isso incluiria a Diretiva 85/337/EEC<sup>3016</sup>.

Com base nessas afirmações, o Reino Unido prosseguiu em seu contra-memorial, afirmando que já seria bem pacífico que a Corte Europeia de Justiça teria jurisdição, não apenas para interpretar a legislação comunitária, mas, também acordos, nos quais, a Comunidade Europeia seria parte, como decidido no Caso "*Hauptzollamt Mainz versus Kupferberg*". Isso ocorreria porque tais acordos fariam parte do sistema jurídico da comunidade em questão<sup>3017</sup>.

Tais princípios teriam sido confirmados na Opinião 1/00, de 18/04/2002, na Proposta de Acordo sobre Área Comum de Aviação Europeia, bem como, no julgamento de 19/03/2002, no Caso C-13/00 "Comissão Europeia versus Irlanda", no qual, a Corte Europeia

<sup>3014</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.100. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3015</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.100/101. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3016</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.101/102. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3017</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.102. Acesso em 19/01/2016.

de Justiça teria dito que tais princípios se aplicariam a acordos mistos, como no caso de acordo concluído pela Comunidade, com a exclusão dos Estados-membros<sup>3018</sup>.

O artigo 292 do Tratado da Comunidade Europeia e o artigo 193 do Tratado EURATOM dispõem em sentido idêntico, vedando a submissão da disputa a qualquer outro meio de solução de controvérsias, que não os lá estabelecidos<sup>3019</sup>.

Tais disposições, que seriam vinculantes para os Estados-membros das Comunidades Europeias, proibiriam o uso de métodos alternativos de solução de controvérsias, para questões que envolvessem a interpretação ou aplicação de tratados da Comunidade ou outros instrumentos, que fizessem parte da ordem jurídica europeia<sup>3020</sup>.

Como tal proibição demonstraria, a Comunidade Europeia e os Tratados EURATOM fariam as suas próprias disposições, no que toca aos métodos de solução de controvérsias, no que diz respeito às suas disposições legais. Como o pleito irlandês seria mais propriamente trazido através dos tratados comunitários, o tribunal arbitral UNCLOS não teria jurisdição<sup>3021</sup>.

Quanto às outras fontes jurídicas e instrumentos internacionais referidos pela Irlanda, como é o caso da Convenção OSPAR, além de declarações e decisões, que teriam sido tomadas em conexão a ela; outros acordos internacionais desvinculados da Convenção UNCLOS, como a Convenção de Espoo, a Convenção MARPOL, o Tratado de Banimento de Testes Nucleares de 1963 e a Convenção de Londres, por exemplo; além de resoluções, recomendações e declarações de organizações internacionais ou conferências; não envolveriam disputas sobre a aplicação e a interpretação da Convenção UNCLOS, nos termos do artigo 288 (2), estando além da jurisdição do tribunal arbitral<sup>3022</sup>.

O que sustentou o Reino Unido é que a Irlanda teria tentado afastar o sentido literal do artigo 288 da Convenção, alargando a jurisdição do tribunal, com a utilização do artigo 293(1), que se referiria ao direito aplicável, no entender do Reino Unido, uma questão inteiramente distinta<sup>3023</sup>.

A situação seria similar à interpretação do artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, porque a jurisdição nele fundada – como seria o caso da jurisdição baseada em uma cláusula compromissória, de um tratado, similar ao caso em estudo – teria a sua finalidade, servindo como parâmetro para a determinação do direito aplicável à disputa<sup>3024</sup>.

<sup>3018</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.102. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3019</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.102. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3020</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.102. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3021</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.103. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3022</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.103/104. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3023</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p. 104. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3024</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p. 104. Acesso em 19/01/2016.

Assim, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que trataria das fontes de Direito, não poderia ser utilizado para estender a jurisdição da corte, com base no artigo 36 do seu estatuto<sup>3025</sup>.

Entendimento similar teria sido exposto, pela Corte Internacional de Justiça, nas duas ordens proferidas em medidas provisionais, no Caso da Convenção sobre Genocídio. O pleito basearia a jurisdição em uma convenção multilateral e a corte teria afirmado que a somente teria jurisdição, para conceder o requerido, com respeito aos assuntos que se referissem a temas da dita convenção<sup>3026</sup>.

O mesmo teria ocorrido no julgamento da Corte Permanente de Justiça Internacional, no Caso Mavromatis, no qual, a jurisdição teria sido fundada em uma disposição, que se referiria somente a disputas relacionadas à interpretação ou aplicação das provisões do mandato<sup>3027</sup>.

Assim, a conclusão do contramemorial do Reino Unido foi a de que um tribunal ou corte, formado para decidir uma disputa, com base em uma cláusula compromissória, só teria jurisdição estendida até as finalidades daquela cláusula, o que não incluiria a interpretação ou aplicação de outros instrumentos internacionais ou do direito costumeiro, como no caso em estudo<sup>3028</sup>.

A expressão “outras normas de Direito Internacional”, a que se referiria o artigo 293(1), seria relevante para uma controvérsia, estabelecida nos termos da Parte XV da Convenção, em particular, quando elas atuariam incidentalmente, na solução da disputa, relativa à interpretação ou aplicação da Convenção UNCLOS, como ocorreria com as normas secundárias do Direito Internacional, tal qual, aquelas relacionadas à responsabilidade do Estado ou ao Direito dos Tratados<sup>3029</sup>.

Seriam ainda relevantes, conforme a argumentação do Reino Unido, quando, juntamente com o contexto, na interpretação de um tratado, de acordo com os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, com base no artigo 31(3)<sup>3030</sup>.

Especificamente, sobre o artigo 206 da Convenção UNCLOS, que diria respeito ao estudo dos potenciais efeitos das atividades planejadas, afirmou o Reino Unido que a Irlanda pretendia ampliar a obrigação lá contida. Aduziu que os efeitos da usina MOX já teriam

<sup>3025</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.105. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3026</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.105. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3027</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.105/106. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3028</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.106. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3029</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.106. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3030</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.106. Acesso em 19/01/2016.

sido estudados com detalhes na Declaração Ambiental, de 1993, preparada pela BNFL; na petição do Reino Unido para a Comissão Europeia, com base no artigo 37 do Tratado EURATOM e na Opinião sobre o artigo 37 referido, da lavra da Comissão Europeia; bem como, como parte do exercício de justificação, na proposta de decisão da Agência Ambiental do Reino Unido, de outubro de 1998<sup>3031</sup>.

Para demonstrar o alegado, o Reino Unido propôs-se a interpretar o artigo 206 da Convenção, enfatizando, em primeiro lugar, a expressão “atividades planejadas”, porque, para que o artigo 206 fosse aplicável, seria preciso que elas existissem, segundo o seu entendimento. Em seguida, o texto exigiria que o Estado em questão tivesse motivos razoáveis para acreditar que tais atividades planejadas pudessem causar poluição substancial ou mudanças significantes e danosas ao ambiente marinho. Por fim, o artigo 206 da Convenção, apesar da presunção irlandesa, não faria menção expressa ao estudo de impacto ambiental, bem como, não demandaria que os potenciais efeitos das atividades planejadas fossem estudados, segundo um fórmula pré-definida<sup>3032</sup>.

Segundo o entendimento do Reino Unido, a usina MOX não constituiria uma atividade planejada, na data em que o artigo em questão teria entrado em vigor para as partes, porque a aprovação dos planos da usina já teria ocorrido em fevereiro de 1994 e já teriam sido gastos 400 milhões de libras esterlinas. Portanto, o artigo 206 não se aplicaria, em se tratando de atividade além da fase de planejamento. Essa interpretação teria sido dada, da mesma forma, pela doutrina norte-americana, que afirmou que o artigo 206 se relacionaria com o estudo das atividades planejadas, antes delas começarem<sup>3033</sup>.

O que também corroboraria esse entendimento seria o fato da Diretiva 85/337/EEC não ser, afirmadamente, aplicável a empreendimentos começados, após a data de sua internalização, no direito interno, conforme teria asseverado a Corte Europeia de Justiça, no Caso C-81/96 "*Burgemeester em Wethouders van Haarlemmerleide em Paarnwoude versus Gede Puteerde Staten van Noord-Holland*". Sustentou que quem teria realizado a ligação da Diretiva 85/337/EEC com o artigo 206 da Convenção teria sido o próprio memorial irlandês<sup>3034</sup>.

Da mesma forma, não haveria que se falar em atividades planejadas, no ponto em que a Irlanda alega que o Reino Unido teria falhado em avaliar os impactos decorrentes do

---

<sup>3031</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.108. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3032</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.109. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3033</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.109/110. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3034</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.110. Acesso em 19/01/2016.

aumento da atividade da usina THORP, pela construção da usina MOX, porque essa alegada intensificação e essas novas descargas não seriam “atividade planejada”. Isso se daria porque não haveria propostas de novos contratos para o reprocessamento dos volumes adicionais da usina THORP e porque qualquer nova proposta teria de receber nova aprovação<sup>3035</sup>.

No que toca aos requisitos “poluição substancial” ou “mudanças significativas ou danosas”, a redação do artigo 206 estabeleceria certo grau de discricionariedade para o Estado em questão, porque teria de haver “motivos razoáveis” para crer nelas. Além disso, o teste em questão não seria exigido por quaisquer dos três instrumentos convencionais, que a Irlanda teria relacionado com o artigo 206 em tela<sup>3036</sup>.

Ora, não haveria “motivos razoáveis” para acreditar iria ocorrer poluição substancial ou mudanças significativas ou danosas, porque a quantidade de descargas no Mar da Irlanda seria negligenciável, conforme o capítulo terceiro do contramemorial<sup>3037</sup>.

Em não existindo “atividades planejadas”, nem havendo esses “motivos razoáveis”, não faria sentido a alegada obrigação de estudar os potenciais efeitos da usina MOX, nos termos do artigo 206 da Convenção<sup>3038</sup>.

Para o Reino Unido, a natureza da obrigação substantiva do artigo 206 da Convenção deveria ser interpretada com base em dois elementos: “tanto quanto fosse possível” e o “estudo dos efeitos potenciais das atividades planejadas sobre o ambiente marinho”. No que toca ao primeiro, o que seria factível para um caso, não seria para outro. Quanto ao segundo, não haveria qualquer evidência de que o estudo de impacto teria de ser feito de um jeito determinado<sup>3039</sup>.

Além disso, o artigo 206 teria de ser interpretado de acordo com a Seção 4, da Parte XII, da Convenção UNCLOS, que teria apenas três artigos. O artigo 204 se relacionaria com o monitoramento dos riscos ou efeitos da poluição do ambiente marinho. No artigo 204(1) os Estados seriam estimulados a observar, medir, avaliar e analisar esses riscos e efeitos. Uma ênfase particular deveria ser dada ao artigo 204(2), no entender do Reino Unido, que trataria do monitoramento contínuo das atividades em andamento. Os resultados de tais monitoramentos, conforme o artigo 205, deveriam ser comunicados, seja por publicação de

---

<sup>3035</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.110/111. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3036</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.111. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3037</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.112. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3038</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.112. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3039</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.113. Acesso em 19/01/2016.

relatórios ou encaminhamento dos mesmos para as organizações internacionais competentes<sup>3040</sup>.

O propósito de tais disposições, segundo a interpretação dada pelo Reino Unido, seria o de assegurar que o Estado e outras partes interessadas se mantivessem informadas da eventual poluição do meio-ambiente marinho, dentro da medida do possível. Além disso, afirmou o Reino Unido que o artigo 206 não se dirigiria a impactos transfronteiriços. De igual forma, os artigos 205 e 206 não teriam disposto, no sentido do envio dos resultados do estudo ao Estado potencialmente afetado, como ocorreria no caso de dano transfronteiriço. Tampouco o artigo 206 preveria alguma espécie de interdição, no caso de se prever algum dano. Por fim, não existiria qualquer menção a alguma obrigação de realizar novos estudos, no artigo 206, o que, aliás, segundo o ponto de vista do Reino Unido, seria inconsistente com os termos do artigo 204<sup>3041</sup>.

Com relação ao Caso Gabčíkovo-Nagymaros, afirmou o Reino Unido que, em momento algum, a corte teria mencionado um estudo de impacto ambiental. As partes poderiam escolher como reavaliar o empreendimento. As partes poderiam simplesmente rever os estudos já feitos, anteriormente, ou ainda, olhar os resultados do monitoramento dos impactos atuais<sup>3042</sup>.

Os únicos princípios de aplicação geral, que poderiam ser extraídos do caso em questão seriam, no entender do Reino Unido, que novas normas deveriam ser levadas em consideração e que aos novos padrões se deveria dar um peso adequado, no caso da continuação de atividades, iniciadas no passado. Mas, isso somente seria relevante para a Irlanda, no caso concreto, se ela pudesse mostrar uma nova norma ou padrão, que o Reino Unido houvesse deixado de considerar ou dar um peso próprio, violando a obrigação do artigo 206 da Convenção<sup>3043</sup>.

Quanto ao Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a Prevenção de Riscos Transfronteiriços Derivados de Atividades Perigosas, segundo o Reino Unido, ele não seria aplicável à usina MOX, porque se exigiria um risco de causar significativo dano transfronteiriço, no artigo segundo. O artigo sétimo requereria um estudo sobre o possível dano transfronteiriço de uma atividade, incluindo qualquer estudo de impacto ambiental. Não

---

<sup>3040</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.113/114. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3041</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.114. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3042</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.114/115. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3043</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.115/116. Acesso em 19/01/2016.

haveria uma obrigação de realizar um tipo específico de estudo, nem uma exigência, quanto ao seu conteúdo. Assim, não procederia o argumento de que realizar um determinado estudo de impacto ambiental constituiria uma regra geral de Direito Internacional<sup>3044</sup>.

Segundo a interpretação dada pelo contramemorial, mesmo a alegação irlandesa de que a finalidade do estudo de impacto ambiental seria “minimizar riscos eventuais”, também deveria ser vista com cautela, porque ele não seria mais do que uma ferramenta para informar a tomada de decisão e às outras partes, em um estágio inicial, dos impactos potenciais de um projeto. Não seria um meio de mitigar ou eliminar impactos adversos, ou ainda, de fazer com que projetos com impactos adversos não fossem em frente<sup>3045</sup>.

O Reino Unido também criticou a utilização das Metas e Princípios UNEP de 1987, a Diretiva 85/337/EEC e a Convenção de Espoo, de 1991 para dar precisão ao artigo 206, não sendo claro porque seria necessário dar “grande precisão” ao dispositivo ou porque o tribunal deveria dar “grande precisão” à interpretação desse artigo. Isso, porque o artigo 206 não conteria termos vagos ou imprecisos. A única forma, portanto, para a Irlanda poder alegar que haveria uma violação a ele, seria aumentando e modificando a natureza das obrigações que ele conteria, segundo se sustentou<sup>3046</sup>.

Ora, o artigo 206, segundo a argumentação do Reino Unido, não se referiria à incorporação de outros instrumentos internacionais. Os três instrumentos referidos pelo Reino Unido difeririam, em natureza, da finalidade do artigo 206 da Convenção UNCLOS, de modo que, a sua importação iria expandir e modificar a natureza do artigo, sendo, igualmente, inconsistente com a abordagem do Projeto da Comissão de Direito Internacional<sup>3047</sup>.

O Reino Unido também alegou que o memorial teria feito um uso seletivo dos “outros instrumentos de Direito Internacional”, porque, por exemplo, o Princípio 5, dos Princípios UNEP, de 1987, disporia que o grau de detalhamento do estudo dependeria da sua possível significância ambiental. Isso seria importante de se considerar, segundo o ponto de vista do Reino Unido, em um caso onde o único impacto ambiental seria descarga radioativa e tais descargas seriam negligenciáveis. Mas esse Princípio 5 teria sido ignorado pela Irlanda.<sup>3048</sup>

---

<sup>3044</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.116/117. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3045</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.117. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3046</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.118. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3047</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.118/119. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3048</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.119/120. Acesso em 19/01/2016.



Também teria ocorrido um uso seletivo de tais instrumentos internacionais, no que tangeria ao conteúdo do estudo de impacto ambiental, especialmente, com relação à descrição de alternativas e aos programas de monitoramento. Nos dois casos, os textos afirmariam que eles deveriam ser feitos, mas, quando fosse apropriado<sup>3049</sup>.

Concluiu esse ponto, o Reino Unido, alegando que a Irlanda estaria encorajando o tribunal arbitral a importar um código ampliado para o artigo 206 da Convenção, que iria muito além do sentido ordinário dos seus termos, no seu atual contexto<sup>3050</sup>.

Quanto ao cumprimento das exigências legais aplicáveis, no tocante à Declaração Ambiental de 1993, as alegações irlandesas seriam de pouca utilidade para o tribunal arbitral, porque o critério, que seria adotado pelo memorial e pelo seu perito, não seria de cumprimento da legislação doméstica ou das exigências europeias, nem dos requisitos do artigo 206, que sequer estaria em vigor em 1993. Não existiriam, em 1993, exigências legais para serem cumpridas. Além disso, teria ocorrido um erro de fato, no que toca à pesquisa do Perito Sheate, porque a municipalidade teria requerido maiores informações da BNFL, o que teria sido fornecido em duas oportunidades. Também se diz que teriam sido deixados de lado todos os outros estudos sobre os potenciais efeitos da usina MOX, em especial, a Opinião sobre o artigo 37 da Comissão Europeia e o Estudo da Agência Ambiental do Reino Unido<sup>3051</sup>.

Afirmou o Reino Unido que, muito embora, o estudo de impacto ambiental houvesse sido apresentado voluntariamente, teria sido considerado adequado, em relação aos requisitos contidos nas Regulações de 1988, que teriam implementado a Diretiva 85/337/EEC, no Direito Inglês e Galês<sup>3052</sup>.

A referida diretiva europeia, em seu artigo 4º estabelecerá a obrigatoriedade de um estudo de impacto ambiental para vários tipos de projeto, listados no Anexo I, sendo discricionária a sua apresentação, para os tipos de projeto listados no Anexo II. A usina MOX recairia no Anexo II, sob a rubrica 3(g) – Indústria de energia – Instalações para a produção ou enriquecimento de combustíveis nucleares. Por seu turno, conforme mencionou o contramemorial, o artigo 3º dessa diretiva prescreveria o conteúdo do estudo de impacto ambiental, devendo abranger os efeitos diretos e indiretos sobre seres humanos, fauna e flora;

---

<sup>3049</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.120. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3050</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.121. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3051</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.121/122. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3052</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.122. Acesso em 19/01/2016.

solo, água, ar, clima e paisagem; interação entre os fatores mencionados nos itens acima; ativos materiais e herança cultural<sup>3053</sup>.

Logo, o objeto do estudo, sob a referida diretiva seria claro. Esse fato seria enfatizado pelo artigo 5º, que forneceria maiores detalhes sobre esse conteúdo. O artigo 5(2) estabeleceria o que seria compulsório sobre esse conteúdo. Isso incluiria a descrição do projeto, compreendendo informações sobre o local, “*design*” e tamanho do projeto; medidas destinadas a evitar, reduzir e, se possível, remediar os efeitos adversos; a informação exigida para identificar e estudar os principais efeitos que o projeto poderia vir a ter no ambiente; e um sumário não-técnico das informações mencionadas nos itens anteriores<sup>3054</sup>.

O seu artigo 7º teria trazido disposições especiais para esses projetos, que pudessem ter efeitos significativos sobre o ambiente, referindo-se à troca de informações do artigo 5º. Mas, segundo alegou o Reino Unido, a Irlanda não teria se focado nesse dispositivo, apesar dele permitir que um outro Estado participasse no estudo de impacto ambiental, bem como, que eliminasse qualquer dúvida pela via da consultas<sup>3055</sup>.

A Regulação 4, das Regulações de 1988, por seu turno, disporia que a permissão não poderia ser concedida, até que a informação ambiental fosse avaliada. Nesse sentido, uma declaração ambiental seria exigida, para certos projetos, se fossem passíveis de produzir determinados efeitos sobre o meio-ambiente, em virtude de fatores como natureza, tamanho ou local. A usina MOX demandaria essa declaração, mas apenas, se o teste adicional do risco de produzir efeitos significativos no meio-ambiente fosse satisfeito. Ora, o principal documento exigido pelas Regulações de 1988 seria a declaração ambiental, como sustentou o contramemorial. O seu conteúdo estaria previsto no item 3 dessas Regulações, sendo bastante similares aos já descritos anteriormente<sup>3056</sup>.

O contra-memorial também se referiu ao artigo 37 do Tratado EURATOM e a Diretiva 96/29/EURATOM<sup>3057</sup>.

No que diz respeito às consequências do eventual descumprimento do artigo 206, afirmou o Reino Unido que o memorial não deixaria claro quais seriam, mas, interpretando o item 10.15, se poderia entender que as atividades da usina MOX deveriam ser cessadas, até que o estudo de impacto ambiental, considerado adequado, fosse apresentado. Porém, o

<sup>3053</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.122/123. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3054</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.123. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3055</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.123/124. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3056</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.124. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3057</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.125. Acesso em 19/01/2016.

regime estabelecido pela Seção 4, da Parte XII, da Convenção UNCLOS, para projetos em andamento seria apenas o monitoramento dos seus efeitos e a comunicação dos resultados desse monitoramento. Não haveria a obrigatoriedade de maiores estudos sobre os potenciais efeitos<sup>3058</sup>.

Invocando o Caso Gabcikovo-Nagymaros, afirmou o Reino Unido que a Corte Internacional de Justiça não teria ponderado em paralisar o projeto, enquanto os seus impactos estariam sujeitos a uma revisão<sup>3059</sup>.

Quanto ao item sobre cooperação, o contra-memorial alegou que o memorial irlandês seria infundado, porque o ponto de vista do governo irlandês teria sido considerado pelas autoridades do Reino Unido, não apenas na fase inicial de planejamento, mas também em cinco rodadas de consultas, que teriam durado nada menos que oito anos, tendo tido a Irlanda a oportunidade de participar de todas e participado de quatro. Também teriam ocorrido consultas, envolvendo as embaixadas, contatos ministeriais diretos e vários foros bilaterais. Também teria ocorrido cooperação entre as guardas costeiras e entre as respectivas autoridades sobre proteção radiológica e regulação sobre segurança nuclear<sup>3060</sup>.

Posteriormente, em cumprimento à ordem cautelar do tribunal internacional ITLOS, datada de 03/12/2001, o Reino Unido teria oferecido uma possibilidade de revisão dos vários acordos existentes sobre coordenação e monitoramento, mas a Irlanda, até o momento do contra-memorial, não teria dado qualquer resposta<sup>3061</sup>.

Afirmou o Reino Unido que teria cooperado, por ser participante de diversas organizações europeias e internacionais, engajadas na formulação das regras e padrões contemplados no artigo 197 da Convenção UNCLOS, bem como, na ratificação de diversas convenções sobre o assunto. Além disso, como membro da EURATOM, o Reino Unido teria feito relatórios anuais, com base nos artigos 35 e 36 daquele tratado, bem como, teria dado acesso ao sítio de Sellafield à Comissão Europeia; da mesma forma, a construção da usina MOX teria sido sujeita ao procedimento de verificação prescrito no artigo 37 do Tratado EURATOM, exatamente, para que fosse visto se a operação da usina poderia resultar em contaminação radioativa da água, do solo ou do ar de qualquer outro Estado-membro.<sup>3062</sup>

---

<sup>3058</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.133/134. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3059</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.134. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3060</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.136. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3061</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.137. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3062</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.137/138. Acesso em 19/01/2016.

No que diz respeito ao artigo 123 da Convenção, que diria respeito à cooperação de Estados que dividem mares fechados ou semifechados, ele seria redigido com termos fracos, apenas com o intuito de assegurar a aplicação universal da convenção e garantir o seu caráter uno, não impondo obrigações vinculantes imediatas, seja de coordenação, seja de cooperação. Isso poderia ser demonstrado pela história da negociação da disposição. Os outros Estados teriam rejeitado a proposta da Finlândia e do Irã, no sentido da utilização de um termo mais forte (“devem”)<sup>3063</sup>.

Assim, a exortação em cooperar, segundo os termos do memorial irlandês, acabaria por tornar-se uma obrigação jurídica imediatamente vinculante. Também diz o Reino Unido que a Irlanda não detalharia que tipo de cooperação, a respeito da proteção e preservação do ambiente marinho, estaria sendo pretendida, porque a coordenação de padrões para proteção e preservação do meio-ambiente marinho, no Mar da Irlanda, já seriam amplos<sup>3064</sup>.

O contra-memorial adentrou nos demais aspectos de cooperação, referidos no memorial irlandês, como foi o caso da cooperação na formulação de regras, mecanismos de cooperação existentes, bem como, detalhando a cooperação havida no Caso MOX, no curso das consultas públicas<sup>3065</sup>.

No que tocaria ao pleito de fornecimento de cópias não editadas dos Relatórios PA e ADL, isso faria parte do procedimento que tramitou perante o tribunal arbitral da Convenção OSPAR, de modo que, não seria apropriado ao tribunal arbitral da Convenção UNCLOS decidir sobre essa matéria<sup>3066</sup>.

Quanto ao requerimento de suspensão da operação da usina MOX, na pendência do final dos procedimentos perante o tribunal arbitral da Convenção OSPAR, seria uma reiteração do procedimento cautelar movido junto ao tribunal internacional ITLOS, que já teria sido decidido e negado<sup>3067</sup>.

Também haveria uma repetição, quanto à alegação de violação aos artigos 123 e 197 da Convenção UNCLOS, por não se fazer um estudo de impacto ambiental atualizado, porque essa já seria a base para a alegada violação ao artigo 206, comentada acima<sup>3068</sup>.

---

<sup>3063</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.139. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3064</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.139/140. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3065</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.146/166. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3066</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.166. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3067</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.167. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3068</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.167. Acesso em 19/01/2016.

No que toca à questão dos transportes marítimos, o Reino Unido teria, alegadamente, desempenhado um papel importante na formulação das regras, em especial, junto ao IMO e à AIEA, tendo esta última agência realizado recente estudo sobre as operações de transporte no Reino Unido. Nenhum item teria sido considerado crítico em termos de segurança<sup>3069</sup>.

O contra-memorial também abordou vários aspectos relacionados à cooperação no caso de ataque terrorista, destacando a alegação de que o tema diria respeito a todo o sítio de Sellafield, não apenas da usina MOX, de modo que, estaria fora do objeto submetido ao tribunal arbitral. Quanto a esse particular, afirmou o Reino Unido ter cooperado, com o fornecimento das informações que poderiam ser enviadas<sup>3070</sup>.

No que tange às medidas para prevenir, reduzir e controlar a poluição, afirmou o contramemorial que não haveria provas de poluição ou de risco de poluição, tendo o Reino Unido, alegadamente, tomados todas as providências nesse sentido, antes de se autorizar a construção da usina MOX. Haveria, segundo esclarece o Reino Unido, a previsão de pequenas emissões da usina MOX, abaixo do limite de detecção<sup>3071</sup>.

Especificamente, quanto ao Princípio da Precaução, o Reino Unido sustentou que a autorização, construção e operação da usina MOX estiveram de pleno acordo com a abordagem da precaução. Porém, a Irlanda não teria identificado o dispositivo do UNCLOS que conteria a referência ao Princípio da Precaução. Afirmou o Reino Unido que o referido princípio não seria encontrado, sequer, no contexto da convenção<sup>3072</sup>.

Por fim, sustentou que todas as alegações da Irlanda, acerca da alegada violação de disposições da Convenção UNCLOS, seriam infundadas, sendo postulada a improcedência do pedido<sup>3073</sup>.

### 2.3 A Réplica Irlandesa<sup>3074</sup>

A réplica irlandesa, de 07/03/2003, baseou-se em questões-chave, que teriam surgido do contraditório, perante o tribunal arbitral UNCLOS, que seriam quatro: se haveria alguma ligação entre MOX e THORP; se as descargas de material nuclear, no Mar da Irlanda, constituiriam “poluição”, no sentido dado pela Convenção UNCLOS; se haveria a necessidade do tribunal arbitral decidir controvérsias científicas, para poder decidir o caso em questão; se, para cumprir as suas obrigações perante a Convenção UNCLOS, o Reino Unido

<sup>3069</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.168. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3070</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.174. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3071</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.181. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3072</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.198/199. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3073</sup> [www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil\\_id=222](http://www.pca-cpa.org/Ireland%20Memorial%20Part%2018c9a.pdf?fil_id=222). p.240. Acesso em 19/01/2016.

<sup>3074</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226).p..Acesso em 19/01/2016.

teria de olhar apenas para a dose de radiação para grupos suscetíveis. Tratou, ainda, dos procedimentos de autorização das duas usinas; de aspectos relacionados à jurisdição, lei aplicável, estudo de impacto ambiental, obrigação de cooperar, poluição e o papel do tribunal arbitral<sup>3075</sup>.

A presente descrição se limitará a descrever os argumentos novos.

Inicialmente, à vista dos argumentos do contramemorial, a réplica fez uma espécie de resumo da postulação. Afirmou que os rejeitos da usina MOX e atividades associadas (usina THORP, em especial) constituiriam poluição do Mar do Irlanda, que seria um mar semicerrado, no sentido da Convenção UNCLOS, da qual, tanto a Irlanda, quanto o Reino Unido são partes. Em decorrência disso, o Reino Unido teria certas obrigações em relação à Irlanda, inclusive as obrigações de cooperar e coordenar, no sentido de engajar-se em um estudo prévio de todas as consequências ambientais da autorização e operação da usina MOX e de prevenir a poluição no Mar da Irlanda. Afirmou a Irlanda que o Reino Unido não teria se desincumbido de tais obrigações<sup>3076</sup>.

Concordando com o contra-memorial do Reino Unido, disse a Irlanda que, de fato, os rejeitos da usina MOX, em si mesma, considerada isoladamente, levariam a uma eliminação de pequena dose de radiação, com efeitos muito pequenos sobre a incidência média de câncer no total da população irlandesa. Porém, o caso irlandês se justificaria porque as descargas da usina MOX não poderiam ser consideradas isoladamente, mas, consideradas em conjunto com os rejeitos das outras unidades do sítio de Sellafield, em especial, a usina THORP, que poderiam resultar do início da operação da usina MOX; que seria previsível e pretendido que a usina MOX proporcionaria à usina THORP processar mais combustível nuclear usado, por um período maior de tempo, mais do que esperado, se a usina MOX não estivesse em operação; que as descargas previstas de material radioativo iriam se adicionar aos mais de duzentos quilos de plutônio já lançados ao Mar da Irlanda, como resultado as operações do sítio de Sellafield, adicionando, também, novas quantidades de outros radionuclídeos; que as descargas adicionais iriam logo degradar o Mar da Irlanda e seriam incompatíveis com as obrigações internacionais do Reino Unido, no sentido de prevenir a poluição do Mar da Irlanda; que o Reino Unido não teria tomado todas as medidas necessárias para minimizar as descargas resultantes, direta ou indiretamente, da operação da usina MOX, na sua máxima extensão, como determinado pela Convenção UNCLOS; que o prolongamento da atividade da usina THORP, que a usina MOX tornaria possível, bem como, os transportes associados de

---

<sup>3075</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.1](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.1). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3076</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.1](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.1). Acesso em 19/01/2016.

materiais radioativos, através do Mar da Irlanda, ampliariam os riscos de descargas acidentais; que o prolongamento das atividades da usina THORP, que a usina MOX tornaria possível, bem como, os transportes marítimos associados de material radioativo, através do Mar da Irlanda, também ampliariam os riscos de ataques deliberados às instalações nucleares ou transportes de material nuclear, que resultariam em descargas de radionuclídeos no Mar da Irlanda; que o Reino Unido não teria levado em conta o risco ao biota não-humano, da exposição às descargas de radionuclídeos ou a exposição de seres humanos a doses baixas de radiação, resultantes das descargas; que o Reino Unido teria falhado no seu dever de cooperação e coordenação com a Irlanda, no tocante às suas atividades relacionadas à operação da usina MOX; e que em todos esses aspectos o Reino Unido teria violado as suas obrigações para com a Irlanda, oriundas da Convenção UNCLOS e de outras regras de Direito Internacional, adotadas em concordância com a Convenção UNCLOS, que seriam aplicáveis pelo tribunal arbitral UNCLOS, na forma do artigo 293<sup>3077</sup>.

Criticando o contra-memorial do Reino Unido, a Irlanda alegou que, em primeiro lugar, ele ignoraria as queixas detalhadas, feitas no memorial, não se defendendo com relação a assuntos específicos, que demonstrariam a incompatibilidade do Reino Unido com as suas obrigações sob a Convenção UNCLOS<sup>3078</sup>.

Em segundo lugar, o contra-memorial faria uma série de proposições amplas, que seriam baseadas na evidência pericial que foi anexada. Porém, algumas dessas proposições não seriam, sequer, confirmadas pela evidência em questão. Além disso, algumas dessas evidências estariam fulcradas em documentos, que sequer teriam sido postos à disposição do tribunal arbitral, nem ao domínio público, como seria o caso das obrigações dos clientes, nos contratos de reprocessamento<sup>3079</sup>.

Em terceiro lugar, a defesa trazida no contra-memorial seria materialmente diferente daquilo que a Irlanda estaria alegando, com base em fatos, dando o exemplo do enfoque dado pelo Reino Unido aos efeitos das descargas em dose, quando o memorial estaria transmitindo as preocupações relativamente ao uso do Mar da Irlanda, como receptáculo de descargas radioativas, em uma escala industrial, da maior instalação comercial nuclear no Reino Unido<sup>3080</sup>.

---

<sup>3077</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.1/2](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.1/2). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3078</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.2](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.2). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3079</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.2](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.2). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3080</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.3](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.3). Acesso em 19/01/2016.

Assim, o contra-memorial construiria a sua defesa com base no silêncio e exagero, como ocorreria, especificamente, com relação ao material que seria trazido pelos seus peritos e testemunhas<sup>3081</sup>.

Quanto às questões-chave, anteriormente mencionadas, na primeira delas, a que se referiu à ligação entre a usina MOX e a usina THORP, limitou-se a repetir os argumentos expostos no memorial, explicitando, porém, que a sua nota explanatória nada acrescentaria nos termos da disputa, que seria travada. Também afirma que um Estado seria internacionalmente responsável por eventuais danos, que seriam previsíveis ou consequentes, de forma indireta, de suas ações, fazendo referência ao Caso "*Samoan Claims*", de 1902, ainda da época das antigas arbitragens. Seria algo previsível a intensificação das descargas oriundas da usina THORP, pela operação da usina MOX, porque o Relatório McKerron já teria apontado tais interconexões, bem como, a própria peça técnica, oriunda da BNFL, feita para justificar economicamente a planta de Sellafield, datada de 2001. Essa peça falaria especificamente na "intenção" dos clientes japoneses e europeus, de reciclar plutônio na usina MOX. Mais a frente, a peça técnica falaria em "reconfirmação dos compromissos" de receber combustível MOX, da parte desses clientes<sup>3082</sup>.

Um dos motivos na crença nesses "compromissos" pela BNFL teria sido a mudança na política alemã, com relação ao aspecto energético, de não mais permitir o reingresso no país, do óxido de plutônio, motivo pelo qual, faria sentido o recebimento, em seu lugar, de combustível MOX. O transporte de combustível MOX também seria visto como algo mais seguro que o de óxido de plutônio<sup>3083</sup>.

O outro ponto da réplica, que foi visto como chave, seria a questão do termo "poluição" e do seu sentido para a Convenção UNCLOS. Inicialmente, observou a réplica que, durante a fase das medidas provisionais junto ao ITLOS, o Reino Unido não teria negado que as descargas, mesmo que alegadamente ínfimas, constituíssem "poluição", no sentido da convenção. Logo, teria havido uma mudança de estratégia de defesa<sup>3084</sup>.

O conceito de poluição seria fornecido pelo artigo 1(4), da Convenção UNCLOS, o qual, no caso de poluição do ambiente marinho, teria dito que significaria "a introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia" nesse ambiente, "incluindo estuários, que resultassem ou pudessem resultar em efeitos deletérios, como dano aos recursos vivos e à vida marinha, riscos à saúde humana, prejuízo a atividades marinhas, inclusive pesca

<sup>3081</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.3](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.3). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3082</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.11/13](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.11/13). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3083</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.13](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.13). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3084</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.15](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.15). Acesso em 19/01/2016.



e outros usos legítimos do mar, piora da qualidade do uso da água do mar e redução no gozo de suas amenidades”. Logo, o conceito não se limitaria à saúde humana<sup>3085</sup>.

Além disso, “poluição” e “danos causados pela poluição” seriam conceitos diversos, para a Convenção UNCLOS, que os definiria nos artigos 194(2) e 235. Poderia haver “poluição”, sem que existissem “danos causados pela poluição”.<sup>3086</sup>

Por outro lado, a prática internacional, quanto ao despejo de substâncias radioativas por navios, no mar, as trataria, em quaisquer quantidades, como poluentes, como poderia ser visto do Anexo I, da Convenção de Londres, de 1972<sup>3087</sup>.

O terceiro ponto-chave, abordado pela réplica disse respeito à eventual necessidade do tribunal arbitral decidir uma controvérsia científica, para resolver o caso em questão. No entender da Irlanda, não haveria, porque o dissenso científico, nesse caso, seria mínimo. Não abrangeria as questões centrais da controvérsia, porque as discussões se baseariam somente em algumas alegações de falta de informação disponível ou de algumas conclusões, que decorreriam de tais informações<sup>3088</sup>.

O último ponto-chave, trazido pela réplica irlandesa, refere-se ao cumprimento das obrigações, contidas na Parte XII, da Convenção UNCLOS, porque o Reino Unido alegou tê-las cumprido, apenas observando a dose de radiação para os grupos suscetíveis. No entender da Irlanda, isso não seria suficiente, porque seria exigível a redução da poluição “na sua extensão máxima”, o “uso das melhores tecnologias disponíveis”, o uso das “melhores práticas ambientais”, dentre outros conceitos, que fariam parte do contexto da convenção em tela.<sup>3089</sup>

Os demais itens são apenas repetições dos argumentos já lançados no memorial.

#### 2.4 A Tréplica do Reino Unido<sup>3090</sup>

O Reino Unido ofereceu a sua tréplica, em 24/04/2003, destacou o que considerou como pontos-chave da disputa, retrucando os demais pontos que a Irlanda abordou em sua réplica: o processo de autorização, a jurisdição, direito aplicável, o sentido do artigo 206 da Convenção UNCLOS, cooperação e as medidas para prevenir, reduzir e controlar a poluição.

No que diz respeito aos quatro pontos-chave mencionados pela Irlanda, além de tê-los rebatido, o Reino Unido chamou a atenção para o que consideraria ser o único ponto

<sup>3085</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.15](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.15). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3086</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.17](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.17). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3087</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.18](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.18). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3088</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.20](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.20). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3089</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil\\_id=226.p.23](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Ireland%20Replycd38.pdf?fil_id=226.p.23). Acesso em 19/01/2016.

<sup>3090</sup> [www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil\\_id=228.p.1/80](http://www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil_id=228.p.1/80). Acesso em 19/01/2016.

importante da discussão: a ausência de risco de impactos significativos ao ambiente marinho<sup>3091</sup>.

A réplica do Reino Unido reiterou o argumento de ausência de base factual, nos argumentos irlandeses. Além disso, afirmou que os irlandeses teriam preferido ignorar o capítulo 3 do contra-memorial, que tratou dos aspectos técnico-científicos. Alegou que a Irlanda que não teria produzido prova, nem da poluição, nem dos riscos mencionados no memorial<sup>3092</sup>.

Um ponto interessante da réplica afirmou que seria algo muito estranho que alguém que propusesse uma demanda, perante um tribunal arbitral com jurisdição sobre a disputa, afirmasse que grande parte dessa discussão não seria justiciável, porque esse seria um argumento típico de quem se defendesse. Além disso, sequer haveria grande controvérsia, quanto a esses fatos científicos, porque já teria ocorrido o envolvimento prévio de entes como a Comissão Europeia, além de um estudo amplo dos eventuais impactos, nos contextos regional (OSPAR), europeu e doméstico<sup>3093</sup>.

Nos demais itens, a réplica repete os argumentos do contra-memorial.

## 2.5 As Decisões Interlocutórias

A primeira decisão do tribunal arbitral UNCLOS<sup>3094</sup>, datada de 02/07/2002, tratou do requerimento de emenda ao memorial irlandês, com base a nota explanatória que o acompanhou.

A emenda foi deferida, após a oitiva do Reino Unido, acolhendo-se o pleito de que a nota explanatória fosse interpretada em conjunto com o pedido emendado.

Por seu turno, a segunda ordem do tribunal arbitral<sup>3095</sup>, datada de 13/06/2003, tratou da suspensão dos trabalhos do tribunal, já em fase de audiências, iniciadas em 10/06/2003, no mínimo, até 01/12/2003, por conta de requerimento para obtenção de medida provisionais, pela Irlanda. Observou o tribunal arbitral que o Reino Unido manifestou-se de forma contrária ao requerimento.

A terceira ordem<sup>3096</sup> também tratou da suspensão dos procedimentos, tendo sido proferida em 24/06/2003, sendo detalhado que o Reino Unido teria se oposto à jurisdição do tribunal arbitral UNCLOS, porque essa jurisdição caberia ao sistema de solução de controvérsias europeu, com manifestações sobre o assunto do Parlamento Europeu e da

<sup>3091</sup> [www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil\\_id=228](http://www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil_id=228).p.5.Acesso em 19/01/2016.

<sup>3092</sup> [www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil\\_id=228](http://www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil_id=228).p.5/6.Acesso em 19/01/2016.

<sup>3093</sup> [www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil\\_id=228](http://www.pca-cpa.org/UK%20Rejoinder%20Part%20lc3cd.pdf?fil_id=228).p.16.Acesso em 19/01/2016.

<sup>3094</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20no1be33.pdf?fil\\_id=79](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20no1be33.pdf?fil_id=79).p.Acesso em 19/01/2016.

<sup>3095</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20no2b631.pdf?fil\\_id=80](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20no2b631.pdf?fil_id=80).p.Acesso em 19/01/2016.

<sup>3096</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20no3a614.pdf?fil\\_id=81](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20no3a614.pdf?fil_id=81).p.Acesso em 19/01/2016.

Comissão Europeia. Isso teria motivado o tribunal arbitral a suspender todos os procedimentos, a fim de decidir a questão prejudicial de sua jurisdição para o caso.

No que toca ao pleito de medidas provisionais, o tribunal arbitral UNCLOS o indeferiu, mas, manteve a decisão do tribunal internacional ITLOS, no tocante à determinação de cooperação.

O tribunal exortou as partes a assegurar que não sejam realizadas ações, que possam vir a agravar ou estender a disputa, submetida ao tribunal, até final decisão.

A quarta decisão do tribunal arbitral UNCLOS<sup>3097</sup>, por seu turno, tratou também da suspensão do feito, até que a Corte Europeia de Justiça decidisse caso relacionado, relativo aos assuntos de Direito Comunitário ou até que o tribunal em questão decidisse de outra forma. Essa quarta ordem também esclareceu não ser dada em prejuízo da ordem número três, do mesmo corpo, estendendo o prazo para que as partes forneçam informações e relatórios, até 28/11/2003.

No que toca à quinta ordem do tribunal arbitral UNCLOS<sup>3098</sup>, datada de 22/01/2007, determinou a suspensão de envio dos relatórios periódicos, determinados às partes pelo tribunal internacional ITLOS, no dia 03/12/2001, *sine die*.

## 2.6 A Decisão Terminativa

Em 06/06/2008, por fim, o tribunal arbitral UNCLOS proferiu decisão terminativa<sup>3099</sup>, com base em requerimento de desistência da Irlanda, datado de 15/02/2007, tendo as custas sido divididas pelas partes, a requerimento.

## 3 O processo perante a Corte Europeia de Justiça<sup>3100</sup>

O processo perante a Corte Europeia de Justiça, que recebeu o número C-459/03, resultou de ação proposta em 30/10/2003, com base em violação do artigo 226 do Tratado da Comunidade Europeia e do artigo 141, do Tratado EURATOM, pela Comissão das Comunidades Europeias, apoiada pelo Reino Unido, na qualidade de interveniente, em face da Irlanda, apoiada pela Suécia, na qualidade de interveniente<sup>3101</sup>.

O pedido da Comissão das Comunidades Europeias foi no sentido de que a Corte Europeia de Justiça declarasse que a Irlanda teria descumprido os artigos 10 e 292, do Tratado da Comunidade Europeia, bem como, os artigos 192 e 193 do Tratado EURATOM, por haver

<sup>3097</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No449a0.pdf?fil\\_id=73.p..](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No449a0.pdf?fil_id=73.p..) Acesso em 19/01/2016.

<sup>3098</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No50764.pdf?fil\\_id=186.p..](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No50764.pdf?fil_id=186.p..) Acesso em 19/01/2016.

<sup>3099</sup> [www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No.%2061846.pdf?fil\\_id=1112.p..](http://www.pca-cpa.org/MOX%20Order%20No.%2061846.pdf?fil_id=1112.p..) Acesso em 19/01/2016.

<sup>3100</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TEXT&ancre=.> p.1/64. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3101</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TEXT&ancre=.> p.1/2. Acesso em 13/01/2016.

iniciado os procedimentos arbitrais contra o Reino Unido, no quadro da Convenção UNCLOS, por causa da usina MOX de Sellafield<sup>3102</sup>.

Foi assinalado que a dita convenção teria sido assinada em 10/12/1982, em Montego Bay, teria entrado em vigor em 16/11/1994 e aprovada pela Comissão Europeia, através da Decisão 98/392/CE, do Conselho das Comunidades Europeias, de 23/03/1998, tendo sido ratificada por todos os membros da União Europeia<sup>3103</sup>.

Também consta do processo que, no dia 21/06/1996, quando da ratificação da dita convenção pela Irlanda, ela teria declarado ter transferido para a Comunidade Europeia todas as suas competências, no que tange a determinadas questões, que são regidas pela dita convenção. Também se teria declarado que, oportunamente, a Irlanda detalharia a natureza e a extensão das competências transferidas, nos termos do Anexo IX da convenção<sup>3104</sup>.

Por sua vez, a Comunidade Europeia também fez a sua declaração, quando da ratificação da convenção, especificando as suas competências. Dentre as competências exclusivas, há que trata de matéria de conservação e gestão dos recursos de pesca marítima, inclusive, no que se refere a assumir compromissos externos com terceiros e organizações internacionais. Também, em relação à política comercial e aduaneira, a Comunidade Europeia declarou ter competência, quanto às partes X e XI da Convenção<sup>3105</sup>.

Na declaração da Comunidade Europeia, as competências compartilhadas diriam respeito à investigação, desenvolvimento tecnológico e cooperação para o desenvolvimento, no campo da pesca; transporte marítimo, segurança do tráfego marítimo e prevenção da poluição do meio marinho – exceto nas partes em que essa competência seria exclusiva, ou seja, quando as regras em questão da convenção dizem respeito a regras já existentes da comunidade<sup>3106</sup>.

Tais atos comunitários, que levariam à competência exclusiva da Comunidade Europeia abrangeriam o setor de segurança marítima e prevenção da poluição do meio

---

<sup>3102</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.3. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3103</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.3/4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3104</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.4. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3105</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.7. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3106</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.8. Acesso em 13/01/2016.

marinho (a Diretiva 93/75/CE, de 13/09/1993) e; no setor de proteção e preservação do meio marinho (Parte XII da Convenção UNCLOS), a Diretiva 85/337/CEE, de 27/06/1985<sup>3107</sup>.

Quanto a convenções das quais a Comunidade Europeia seria parte contratante, o que também levaria à competência exclusiva daquela, haveria a Convenção para Prevenção da Poluição Marinha de Origem Terrestre, de Paris, de 04/06/1974; o Protocolo de Alteração da Convenção para a Prevenção da Poluição Marinha de Origem Terrestre, de Paris, de 26/03/1986; a Parte IX da Convenção sobre Mares Fechados ou Semifechados; a Parte XII da Convenção para a Proteção e Preservação do Meio Marinho<sup>3108</sup>.

Ao descrever o litígio, a Corte Europeia de Justiça, mencionou os antecedentes históricos do conflito; bem como, todos os processos de resolução de conflitos, relativos à usina MOX, que teriam sido instaurados pela Irlanda<sup>3109</sup>.

Assim, faz-se referência ao fato de, em 15/06/2001, a Irlanda haver pedido a constituição de um tribunal arbitral, com base no artigo 32 da Convenção OSPAR (Convenção para a Proteção do Meio-Ambiente Marinho do Atlântico Norte), assinada em Paris, em 22/09/1992, que também teria sido aprovada pela Comunidade Europeia, pela Decisão 98/249/CE, de 07/10/1997<sup>3110</sup>.

Conforme o já detalhado em partes anteriores da tese, a alegação irlandesa foi de descumprimento do artigo 9º da Convenção, por haver o Reino Unido se recusado a apresentar uma cópia completa do Relatório PA, tendo esse tribunal arbitral, em 02/07/2003, rejeitado o pedido da Irlanda<sup>3111</sup>.

Esclareceu, porém, a Corte de Justiça Europeia, que a instauração desse procedimento arbitral não seria causa para a ação de descumprimento em tela<sup>3112</sup>.

Ocorre, que em 25/10/2001, a Irlanda teria notificado o Reino Unido, com relação à instauração de outro procedimento arbitral, com base no artigo 287 da Convenção UNCLOS, sendo constituído o tribunal arbitral, com fulcro no Anexo VII da dita convenção, para que

---

<sup>3107</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.9. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3108</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.10. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3109</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.26/36. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3110</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.29. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3111</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.29. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3112</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.30. Acesso em 13/01/2016.

fosse resolvida a disputa relativa à usina MOX, os transportes internacionais de substâncias radioativas e à proteção do meio-ambiente marinho do Mar da Irlanda<sup>3113</sup>.

Como o já descrito anteriormente, a Irlanda teria postulado a declaração de que o Reino Unido teria desrespeitado as obrigações que lhe imporiam os artigos 192, 103, 194, 207, 211 e 213 da Convenção UNCLOS, pela autorização para funcionamento da usina MOX, por não haver tomado as medidas necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio-ambiente marinho do Mar da Irlanda; pela violação aos mesmos dispositivos, por não avaliar ou não avaliar de maneira adequada, os riscos de um eventual ataque terrorista à usina MOX e contra os transportes internacionais de substâncias radioativas, relacionadas à atividade dessa usina; por não preparar uma estratégia global para prevenir um ataque terrorista, nos mesmos termos; por haver desrespeitado os artigos 123 e 197 da mesma convenção, por não haver cumprido o dever de cooperar, ao recusar a partilha de informações e/ou a proceder uma avaliação ambiental apropriada dos efeitos da usina MOX e atividades relacionadas, bem como, por conceder a autorização para funcionamento, quando ainda estaria pendente um procedimento arbitral sobre acesso à informação sobre ela; idem, quanto ao artigo 206 da Convenção, por haver autorizado a operação da referida usina, sem proceder no relatório ambiental, de 1993, uma avaliação ambiental dos efeitos potenciais do funcionamento da usina MOX, também em relação aos desenvolvimentos, desde a autorização, em 1993; também com relação aos transportes internacionais de e para os transportes internacionais de resíduos radioativos<sup>3114</sup>.

Também teria postulado, como já se viu em partes anteriores da tese, que o Reino Unido não autorizasse o funcionamento da usina ou os transportes internacionais, até que se houvesse procedido uma avaliação dos efeitos sobre o ambiente; tenha sido demonstrado que essas operações descritas não acarretam, direta ou indiretamente, descargas adicionais, no ambiente marinho do Mar da Irlanda, de materiais radioativos; e que fosse aprovado e adotado, em conjunto com a Irlanda, um documento ou plano estratégico global, para prevenção de ataques terroristas conta a usina MOX e transportes internacionais relacionados à sua operação<sup>3115</sup>.

Também lembrou a Corte Europeia de Justiça que a Irlanda teria afirmado, no direito aplicável, que o tribunal poderia aplicar disposições de outros instrumentos internacionais,

---

<sup>3113</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.30. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3114</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.30/31. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3115</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.32. Acesso em 13/01/2016.

como outras convenções internacionais e legislação europeia. A Irlanda chegou a fazer referência expressa à Convenção OSPAR, à Diretiva 85/337/CEE e as Diretivas EURATOM 80/836 e 96/29<sup>3116</sup>.

A Corte Europeia de Justiça fez igual referência a postulação irlandesa junto ao tribunal internacional ITLOS, de 09/11/2001, para a obtenção de medidas provisionais, com fulcro no artigo 290(5), da Convenção UNCLOS, no sentido da suspensão imediata da autorização de funcionamento da usina MOX<sup>3117</sup>.

Recordou a Corte Europeia que, em 03/12/2001, o ITLOS teria ordenado um conjunto de medidas diferentes daquelas requeridas pela Irlanda, no sentido do dever de cooperação entre as partes, já mencionadas, quando da descrição dos procedimentos junto ao tribunal arbitral UNCLOS<sup>3118</sup>.

O mesmo tribunal internacional teria se declarado competente, à primeira vista, tendo rejeitado a exceção do Reino Unido, baseada no artigo 282 da Convenção UNCLOS, que teria sido motivada pelo fato de alguns aspectos das alegações irlandesas serem de competência dos mecanismos de solução de controvérsias da Comunidade Europeia, cabendo a decisão de mérito para a Corte Europeia de Justiça<sup>3119</sup>.

No procedimento do tribunal arbitral UNCLOS, como descrito anteriormente, essa exceção teria sido novamente apresentada pelo Reino Unido, o que teria levado à suspensão do processo. Mais tarde, o mesmo tribunal arbitral teria decidido o sentido de excluir a sua competência, nos termos do artigo 282 da Convenção UNCLOS. Porém, o tribunal arbitral também teria decidido que as questões relacionadas à competência comunitária deveriam ser decididas pela Corte Europeia de Justiça. O tribunal arbitral teria justificado a sua decisão, afirmando que não seria oportuno prosseguir o feito na falta de respostas sobre as questões que seriam de competência comunitária, pelo risco de decisões contraditórias, bem como, por uma questão de cortesia entre instituições jurisdicionais. Também teria confirmado as medidas já deferidas pelo tribunal internacional ITLOS<sup>3120</sup>.

---

<sup>3116</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.33. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3117</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.33. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3118</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.33/34. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3119</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.34. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3120</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.35/36. Acesso em 13/01/2016.

Assim, a questão teria ingressado na órbita comunitária, por força de uma carta, dirigida à Comissão Europeia, datada de 18/06/2001, do Secretário Executivo da Comissão.<sup>3121</sup> A Comissão Europeia, por seu turno, teria enviado carta, datada de 08/10/2001, à Irlanda, solicitando a suspensão do feito, porque a disputa seria de competência exclusiva da Corte Europeia de Justiça. Porém, em 25/10/2001, a Irlanda teria iniciado o tribunal arbitral, como já descrito<sup>3122</sup>.

Teria ocorrido uma troca de correspondências, porém, em carta de 15/05/2003, a Comissão Europeia teria notificado a Irlanda, por descumprimento do disposto no artigo 226 do Tratado das Comunidades Europeias, para que apresentasse as suas observações sobre essa acusação. Ocorre, que a Irlanda teria discordado da posição da Comissão, como demonstraria carta datada de 15/07/2003. Logo, em 19/08/2001, a Comissão Europeia convidou a Irlanda a tomar as medidas necessárias para cumprir o dispositivo que teria sido violado, no prazo de duas semanas, prorrogado por mais duas semanas. Como a resposta não teria satisfeito a Comissão Europeia, foi proposta a ação, ora descrita<sup>3123</sup>.

Em 07/04/2004, a Suécia teria sido admitida como interveniente em apoio da Irlanda, enquanto o Reino Unido teria sido admitido como interveniente em apoio à Comissão Europeia<sup>3124</sup>.

As acusações contra a Irlanda seriam três: ignorar a competência exclusiva da Corte Europeia de Justiça, para dirimir controvérsias relativas à interpretação e aplicação do Direito Comunitário, do artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias; do artigo 193 do Tratado EURATOM; e por não haver respeitado o dever de cooperação previsto no artigo 10 do Tratado das Comunidades Europeias e do artigo 192 do Tratado EURATOM, ao não informar, nem consultar, previamente, as autoridades comunitárias competentes<sup>3125</sup>.

No que toca à violação do artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias, afirmou a Comissão Europeia que, por ter a Irlanda iniciado os procedimentos junto ao tribunal

---

<sup>3121</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.36. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3122</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.37. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3123</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.37/38. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3124</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.38. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3125</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.38/39. Acesso em 13/01/2016.



arbitral UNCLOS e junto ao tribunal internacional ITLOS, teria desrespeitado a previsão de competência exclusiva da Corte Europeia de Justiça<sup>3126</sup>.

Por ser a Convenção UNCLOS um tratado misto, a hipótese seria de competência externa da Comunidade Europeia, tal como prevista no artigo 175 da Comunidade Europeia, de modo que, a interpretação e a aplicação de tais disposições só poderiam ser feitas, no quadro de uma disputa entre Estados-membros, pela Corte Europeia de Justiça, na forma do artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias<sup>3127</sup>.

Diz-se que sequer seria necessário estabelecer a competência exclusiva da Comunidade Europeia nesse caso, porque a Decisão 98/392, que visa o artigo 175 do Tratado das Comunidades Europeias e a declaração de competência da referida comunidades, por se referir à proteção do ambiente marinho, faria parte das competências compartilhadas dessa comunidade. Ao tornar-se parte da dita convenção, a Comunidade Europeia teria exercido a sua competência compartilhada, em matéria de proteção do meio-ambiente<sup>3128</sup>.

Decorreria da jurisprudência da Corte Europeia de Justiça que, quando lhe é submetido um litígio, em conformidade com as disposições do Tratado das Comunidades Europeias, essa corte teria competência para interpretar as disposições dos acordos mistos, não apenas, nos casos de competência exclusiva, mas, também, quando fazem parte de uma de suas competências compartilhadas. Faz-se menção aos precedentes *Hermès* C-53/96, de 16/06/1998; *Dior e outros* C-300/98 e C-392/98, de 14/12/2000; e *Comissão versus Irlanda* C-13/00, de 19/03/2002<sup>3129</sup>.

Mais ainda, conforme asseverou a Comissão Europeia, todas as questões suscitadas perante o tribunal arbitral UNCLOS seriam largamente abrangidas por um corpo de normas quase completo, composto de atos comunitários internos, alguns dos quais, seriam, inclusive mencionados no apêndice à declaração de competência da Comunidade Europeia<sup>3130</sup>.

---

<sup>3126</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.39. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3127</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.39. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3128</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.39/40. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3129</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.40. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3130</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.40. Acesso em 13/01/2016.

Como afirma a Comissão, o fato da declaração indicar que a Comunidade Europeia só poderia tomar parte na Convenção UNCLOS, dentro dos limites de suas competências, não restringiria a adesão às matérias que já seriam objeto de sua competência exclusiva<sup>3131</sup>.

Argumentou a Irlanda que não teria ocorrido a transferência de competências para a Comunidade Europeia, no que tange às matérias abrangidas pelas disposições da Convenção UNCLOS, nas quais teria se baseado para instaurar o procedimento arbitral perante o tribunal arbitral UNCLOS<sup>3132</sup>.

Entendeu a Irlanda que seria necessário demonstrar que atos de direito comunitário seriam afetados, pelas disposições da Convenção UNCLOS, em questão, para estabelecer a competência comunitária. Assim, as competências partilhadas, indicadas na declaração de ratificação da Comunidade Europeia, na medida em que, corresponderiam a domínios, para os quais essa comunidade não teria fixado normas mínimas, não teriam sido transferidas e ainda caberiam aos Estados-membros<sup>3133</sup>.

O entendimento irlandês seria o de que as disposições de acordos mistos, relativos a competências compartilhadas da Comunidade Europeia, só fariam parte integrante do direito comunitário, na hipótese de tais disposições poderem vir a afetar regras comuns de direito comunitário. Segundo o ponto de vista irlandês, não seria esse o caso dos autos, uma vez que as regras comunitárias relativas à proteção do meio-ambiente, abordadas neste processo, apenas estabeleceriam normas mínimas<sup>3134</sup>.

Dessa forma, concluiu a Irlanda, a Comissão Europeia não demonstraria que as disposições da Convenção UNCLOS, invocadas pela Irlanda no tribunal arbitral, consagrariam as mesmas obrigações, que as previstas por atos comunitários existentes. Por isso, não haveria prova de violação das normas comunitárias<sup>3135</sup>.

Quanto às descargas de substâncias radioativas no meio marinho, notificação e coordenação no setor de transporte marítimo de substâncias radioativas, a legislação

---

<sup>3131</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.40. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3132</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.40. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3133</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.41. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3134</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.41. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3135</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.41. Acesso em 13/01/2016.

comunitária seria totalmente inexistente. Da mesma forma, não haveria qualquer regra comparável ao artigo 123 da Convenção UNCLOS<sup>3136</sup>.

Além disso, em não sendo a EURATOM parte na Convenção UNCLOS, bem como, não figurando qualquer ato aprovado no conjunto do Tratado EURATOM, no apêndice da declaração de competência da Comunidade Europeia, não poderia ser atribuída qualquer competência à Comunidade Europeia baseada no Tratado EURATOM<sup>3137</sup>.

A Suécia sustentou que, apenas se e, na medida em que, a Comunidade Europeia houvesse aprovado, a nível interno, regras comuns suscetíveis de serem afetadas pelos compromissos contraídos pelos Estados-membros, no plano internacional, é que a competência da Comunidade Europeia se tornaria exclusiva. Isso se daria porque a competência externa da Comunidade Europeia, em matéria de proteção ao meio-ambiente, não seria exclusiva. Para tanto, a Suécia teria invocado o precedente de 31/03/1971, Caso AETR<sup>3138</sup>.

Entendeu-se que, na hipótese das regras comuns serem apenas normas mínimas, os Estados-membros manteriam a faculdade de tentar obter uma proteção mais elevada, tanto no nível nacional, quanto no nível internacional<sup>3139</sup>.

Por outro lado, o Reino Unido alegou que, no que diz respeito à Parte XII da Convenção UNCLOS, relativa à proteção do meio-ambiente marinho, a competência da Comunidade Europeia deveria basear-se em regras comuns, aprovadas nos termos do artigo 175 do Tratado da Comunidade Europeia, não nos objetivos ambientais enumerados no artigo 174 do mesmo tratado<sup>3140</sup>.

O entendimento do Reino Unido é o de que, para se poder avaliar o alcance das transferências de competências para a Comunidade, no domínio de que fariam parte as disposições em causa da Convenção UNCLOS, caberia referir aos princípios consagrados nos números 15 até 17 do Caso AETR, de 31/03/1971, bem como, nos pareceres 1/94, de 15/11/1994<sup>3141</sup>.

---

<sup>3136</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.42. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3137</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.42. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3138</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.42. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3139</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.42. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3140</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.42. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3141</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.43. Acesso em 13/01/2016.

Por isso, para o Reino Unido, as disposições da Convenção UNCLOS, invocadas pela Irlanda, no tribunal arbitral, seriam suscetíveis de afetar regras comuns, adotadas pela Comunidade Europeia, uma vez que as ditas disposições se reportariam a domínio coberto pelo Tratado das Comunidades Europeias<sup>3142</sup>.

A decisão da Corte Europeia de Justiça, por sua vez, afirmou, inicialmente, que, com a primeira acusação, a Comissão Europeia teria censurado a Irlanda por ter ignorado a competência exclusiva da Corte Europeia de Justiça, ao submeter ao tribunal arbitral uma disputa, que opõe a outro Estado-membro, relativamente à interpretação e aplicação de disposições da Convenção UNCLOS, que consagrariam obrigações assumidas pela Comunidade Europeia, no exercício de suas competências externas, em matéria de proteção do meio-ambiente e, assim, teria infringido o artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias. Os artigos referentes ao Tratado EURATOM diriam respeito à segunda e à terceira acusação<sup>3143</sup>.

Isso se daria porque o artigo 300(7) do Tratado das Comunidades Europeias, os acordos celebrados, nas condições por ele definidas, seriam vinculativos para as instituições da Comunidade Europeia e para os Estados-membros<sup>3144</sup>. Ora, as disposições da Convenção UNCLOS teriam passado a fazer parte da ordem jurídica comunitária, pelo fato da assinatura e aprovação pela Decisão 98/392, segundo entendimentos jurisprudenciais, em especial, o precedente IATA e ELFAA C-344/04, de 10/01/2006<sup>3145</sup>.

A Convenção UNCLOS teria sido celebrada pela Comunidade Europeia e por todos os Estados-membros, com base em competência compartilhada. Conforme entendimento anterior da Corte Europeia de Justiça, os acordos mistos gozariam do mesmo *status*, na ordem jurídica comunitária, que os acordos puramente comunitários, o que diz respeito a disposições da competência da Comunidade Europeia, o que teria sido expresso no Caso Comissão Europeia *versus* Irlanda<sup>3146</sup>.

A conclusão da Corte Europeia de Justiça seria a de que, para garantir o respeito pelos compromissos decorrentes de um acordo concluído pelas instituições comunitárias, os

---

<sup>3142</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.43. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3143</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.43. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3144</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.43. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3145</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.44. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3146</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.44. Acesso em 13/01/2016.

Estados-membros cumpririam, na ordem comunitária, uma obrigação para com essa comunidade, a qual teria assumido a responsabilidade pela boa execução do acordo<sup>3147</sup>.

Em sendo a Convenção UNCLOS um acordo misto, deveria ser avaliado se as disposições desse acordo, invocadas pela Irlanda, no tribunal arbitral, seriam de competência comunitária<sup>3148</sup>.

O memorial irlandês – exhaustivamente estudado em item anterior - censuraria a autorização para funcionamento da usina MOX, sem ter respeitado obrigações decorrentes da Convenção UNCLOS<sup>3149</sup>.

Ora, entendeu a Corte que, à exceção do artigo 123, da Convenção UNCLOS, todas as disposições invocadas pela Irlanda estariam compreendidas na Parte XII, que é denominada “Proteção e Preservação do Meio-Ambiente Marinho”<sup>3150</sup>.

A mesma corte já teria interpretado o artigo 175(1), do Tratado das Comunidades Europeias, no sentido de que ele constituiria base jurídica apropriada, para a celebração de acordos internacionais, em matéria de proteção do meio-ambiente, em nome da Comunidade Europeia, tal como se entendeu no Parecer 2/00, de 06/12/2001<sup>3151</sup>.

Tal conclusão seria confirmada pela leitura do artigo 174(1), do mesmo tratado, que incluiria, expressamente, dentre os objetivos a serem perseguidos, em relação a políticas ambientais, a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas e enfrentar os problemas regionais ou mundiais do meio-ambiente<sup>3152</sup>.

Tal como precisaria o artigo 176 do Tratado das Comunidades Europeias, essa competência externa da Comunidade Europeia, em matéria de proteção ambiental, no caso do meio-ambiente marinho, não seria exclusiva, mas partilhada entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros<sup>3153</sup>.

Porém, segundo explicita a Corte Europeia de Justiça, a questão é de se saber se uma disposição, de acordo misto, seria de competência da Comunidade Europeia, dizendo respeito

<sup>3147</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.44. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3148</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.44. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3149</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.44. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3150</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.45. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3151</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.45. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3152</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.45. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3153</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.45. Acesso em 13/01/2016.

à atribuição, portanto, à própria existência da competência, não à sua natureza exclusiva ou compartilhada<sup>3154</sup>.

Segundo se entendeu, a existência da competência externa da Comunidade Europeia, em matéria de proteção do meio-ambiente marinho, não dependeria, em princípio, da adoção de atos de direito derivado, que abrangessem a matéria em causa e que fossem suscetíveis de serem afetados, no caso de participação dos Estados-membros, no procedimento de celebração do acordo em causa, no sentido do princípio formulado pela Corte Europeia de Justiça, no acórdão AETR<sup>3155</sup>.

O entendimento da Corte Europeia de Justiça seria o de que a Comunidade Europeia poderia concluir acordos, no domínio da proteção do meio-ambiente, mesmo que as matérias específicas, cobertas por esses acordos, não fossem ainda, ou fossem apenas parcialmente, objeto de uma regulamentação, no plano comunitário que, em função disso, não seria suscetível de ser afetada<sup>3156</sup>.

Em tais condições, entendeu a Corte, seria necessário avaliar se, em que medida, a Comunidade Europeia, ao tornar-se parte na Convenção UNCLOS, teria optado por exercer a sua competência externa, em matéria de proteção ao meio-ambiente<sup>3157</sup>.

Quanto a este particular, a referência, nos prolegômenos da Decisão 98/392, ao artigo 130(1), do Tratado das Comunidades Europeias, como uma das disposições que constituiriam o fundamento jurídico da decisão de aprovação da Convenção UNCLOS, indicaria que teria sido esse o caso<sup>3158</sup>.

Por outro lado, prosseguiu a Corte, no quinto considerando da mesma decisão, teria sido precisado que a aprovação da Convenção UNCLOS, pela Comunidade Europeia, visaria permitir a ela que tomasse parte da mesma, nos limites de sua competência<sup>3159</sup>.

A declaração de competência da Comunidade Europeia, mencionada no artigo 1º(3), da Decisão 98/392, que faria parte do instrumento de confirmação formal, constituído pelo Anexo II, da dita decisão, precisaria o âmbito e a natureza das competências transferidas pelos

---

<sup>3154</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.45/46. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3155</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.46. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3156</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.46. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3157</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.46. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3158</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.46. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3159</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.47. Acesso em 13/01/2016.

Estados-membros para a Comunidade Europeia, nas matérias de que trataria a mencionada convenção, relativamente às quais, a Comunidade aceitaria os direitos e obrigações lá previstos<sup>3160</sup>.

O ponto de vista irlandês seria o de que o artigo 4º(3), do Anexo IX, da Convenção UNCLOS, em especial, no tocante ao conceito de transferência de competências, bem como, a declaração de competência da Comunidade Europeia, deveriam ser compreendidos, no sentido de que, tratando-se de competências compartilhadas, só teriam sido transferidas e exercidas pela Comunidade Europeia, ao tornar-se parte na Convenção UNCLOS, as competências que teriam se tornado exclusivas, em virtude de um efeito de afetação, na aceção do princípio formulado pela própria Corte Europeia de Justiça, no número 17, do Acórdão AETR<sup>3161</sup>.

Seria uma particularidade da Convenção UNCLOS, pois, esta convenção só permitiria a transferência de competências exclusivas da Comunidade Europeia, permanecendo as outras competências e as responsabilidades a elas associadas, na esfera dos Estados-membros<sup>3162</sup>.

Uma vez que constituiriam apenas normas mínimas, as disposições comunitárias em questão, não seriam, em princípio, afetadas. Como consequência, as competências compartilhadas correspondentes não teriam sido transferidas, no quadro da Convenção UNCLOS<sup>3163</sup>.

Em sentido contrário ao entendimento irlandês, a Comissão Europeia afirmou que declaração de competências da Comunidade Europeia deveria ser compreendida, de modo que, as competências compartilhadas seriam transferidas e exercidas pela própria Comunidade Europeia, mesmo que dissessem respeito a matérias, para as quais, não existisse regulamentação comunitária<sup>3164</sup>.

Quanto a esse ponto, a Corte Europeia de Justiça salientou que, de acordo com a declaração de competência da Comunidade, no tocante às disposições da Convenção UNCLOS relativas à prevenção da poluição marinha que, quando existem regras comunitárias, mas não são afetadas, nomeadamente, no caso de normas comunitárias

---

<sup>3160</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.47. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3161</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.47. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3162</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.47. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3163</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.47. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3164</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.48. Acesso em 13/01/2016.

mínimas, a competência seria compartilhada entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros<sup>3165</sup>.

Portanto, a declaração em questão confirmaria que uma transferência de competências compartilhadas, em matéria de prevenção da poluição marinha, teria ocorrido no contexto da Convenção UNCLOS, inexistindo afetação das normas comunitárias em causa, na acepção do princípio formulado no acórdão AETR<sup>3166</sup>.

Porém, a mesma passagem da declaração de competência teria subordinado a transferência de competências compartilhadas à existência de regras comunitárias, sem que fosse necessário que fossem afetadas. Assim, nos outros casos, naqueles em que não existissem regras comunitárias, a competência seria dos Estados-membros<sup>3167</sup>.

Logo, no contexto específico da Convenção UNCLOS, a verificação de uma transferência de competências compartilhadas para a Comunidade Europeia dependeria da existência, nas matérias que dizem respeito às disposições da Convenção UNCLOS em tela, de regras comunitárias, quaisquer que fossem o seu alcance ou a sua natureza<sup>3168</sup>.

Logo, o apêndice da declaração de competência da Comunidade Europeia constituiria uma base de referência útil, como sustentou a Corte. Como consequência, as matérias abrangidas pela Convenção UNCLOS, invocadas pela Irlanda, no tribunal arbitral, estariam regulamentadas por atos comunitários, muitos dos quais, expressamente mencionados, no dito apêndice<sup>3169</sup>.

Por exemplo, no que diz respeito à acusação de violação da obrigação de avaliar adequadamente as consequências ambientais das atividades ligadas à usina MOX, sobre o meio-ambiente marinho do Mar da Irlanda, com base no artigo 206 da Convenção UNCLOS, tal matéria seria objeto da Diretiva 85/337, mencionada no apêndice da declaração de competência da Comunidade Europeia<sup>3170</sup>.

Não poderia, conforme afirmou a Corte, a Irlanda sequer negar a pertinência da mencionada diretiva, porque, na memorial que apresentou ao tribunal arbitral, ela foi

---

<sup>3165</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.48. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3166</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.48. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3167</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.48. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3168</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.49. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3169</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.49. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3170</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.49. Acesso em 13/01/2016.



mencionada como um ato, que poderia servir de referência, para a interpretação das disposições da Convenção UNCLOS<sup>3171</sup>.

Como se não bastasse, algumas das alegações da Irlanda, naquele procedimento, teriam se baseado na mesma diretiva europeia<sup>3172</sup>.

O mesmo valeria para as acusações fundadas nos artigos 192, 193, 194, 207, 211 e 213 da mesma convenção<sup>3173</sup>.

Quanto aos transportes internacionais de substâncias radioativas, relacionados à atividade da usina MOX, haveria uma ligação estreita com a Diretiva 93/75, também indicada no apêndice da declaração de competência da Comunidade Europeia, a qual regulamentaria as condições mínimas, exigidas dos navios, que teriam como destino os portos marítimos da Comunidade Europeia ou que deles saiam e transportem mercadorias perigosas ou poluentes<sup>3174</sup>.

No que tange à acusação fulcrada nos artigos 123 e 197, da Convenção UNCLOS, no tocante à não-cooperação, em especial, quanto à recusa em compartilhar informações com a Irlanda, como a versão integral do Relatório PA, concluiu a Corte Europeia que a prestação da informação seria matéria abrangida pela Diretiva 93/313/CEE do Conselho Europeu, de 07/06/1990, atinente à liberdade de acesso à informação, em matéria de meio-ambiente<sup>3175</sup>.

A mesma acusação teria sido lançada pela Irlanda, perante o tribunal arbitral OSPAR, com base no artigo 9º, da Convenção OSPAR. A mencionada convenção teria sido novamente citada, perante o tribunal arbitral UNCLOS, como base de referência para interpretação das disposições da Convenção UNCLOS. Mas, a Convenção OSPAR teria sido assinada pela Comunidade Europeia, substituindo os acordos de Paris, em matéria de prevenção da poluição marinha de origem terrestre, sendo tais acordos mencionados no apêndice da declaração de competência da Comunidade Europeia<sup>3176</sup>.

Além disso, a Irlanda teria baseado as suas alegações na Diretiva 85/337, Diretiva 90/313 e na Convenção OSPAR, o que seriam elementos suficientes para demonstrar que as

---

<sup>3171</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.49. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3172</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.49. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3173</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.50. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3174</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.50. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3175</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.50. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3176</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.50/51. Acesso em 13/01/2016.

disposições da Convenção UNCLOS, referidas pela Irlanda, que cobririam uma parte significativa da disputa relativa à usina MOX, estariam abrangidas pela competência que a Comunidade Europeia teria decidido exercer, ao tornar-se parte na Convenção UNCLOS<sup>3177</sup>.

Como conclusão, as disposições da Convenção UNCLOS, invocadas pela Irlanda, constituiriam regras da ordem jurídica comunitária, o que teria conferido, no entender da Corte Europeia de Justiça, competência a ela, para conhecer das disputas relativas à interpretação e aplicação das ditas disposições, além de apreciar o cumprimento das mesmas, por Estado-membro<sup>3178</sup>.

A discussão que remanesceria é saber se essa discussão seria exclusiva, impedindo que a questão da usina MOX fosse levada a um tribunal arbitral instituído com base na Convenção UNCLOS, Parte VII, como ocorreu<sup>3179</sup>.

A Corte Europeia de Justiça já teria entendido que um tratado internacional não poderia violar a ordem das competências estabelecidas pelos tratados que instituíram a comunidade, logo, a autonomia do sistema jurídico comunitário, cuja observância seria assegurada pela dita corte, com base no artigo 220 do Tratado das Comunidades Europeias<sup>3180</sup>.

A competência exclusiva da Corte Europeia de Justiça seria corroborada pelo artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias, com fulcro no qual, os Estados-membros teriam se comprometido a não submeter qualquer disputa, relativa à interpretação ou aplicação do mesmo tratado, a um meio de solução de controvérsias diverso dos previstos no tratado<sup>3181</sup>.

O que se pretenderia evitar seria a violação da competência exclusiva da corte, preservando a autonomia do sistema jurídico comunitário<sup>3182</sup>.

Assim, concluiu a Corte Europeia de Justiça que o artigo 282 da Convenção UNCLOS permitiria concluir que o regime de solução de controvérsias do Tratado das Comunidades

---

<sup>3177</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.51. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3178</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.51. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3179</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.51. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3180</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.52. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3181</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.52. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3182</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.52. Acesso em 13/01/2016.

Europeias, por levar a decisões vinculantes para os Estados-membros, prevaleceria sobre o previsto na Parte XV da Convenção UNCLOS<sup>3183</sup>.

Logo, as disposições da Convenção UNCLOS, mencionados na arbitragem sobre a usina MOX, estariam abrangidos pela competência que a Comunidade Europeia teria exercido, ao aderir à dita convenção, de maneira que tais disposições fariam parte da ordem jurídica comunitária<sup>3184</sup>.

Pelos mesmos motivos, a arbitragem em questão seria relativo à interpretação ou aplicação de um tratado da Comunidade Europeia, nos termos do artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias<sup>3185</sup>.

Mais ainda, por opor dois Estados-membros, a disputa estaria, obrigatoriamente, abrangida por um dos modos de resolução de disputa instituídas no Tratado das Comunidades Europeias, nos termos do artigo 292 do mesmo tratado, sendo um procedimento do artigo 227 desse mesmo diploma convencional<sup>3186</sup>.

Também seria incontestável, no entendimento da Corte, que o procedimento desencadeado pela Irlanda, no tribunal arbitral UNCLOS, deveria ser qualificado de modo de resolução de disputas, nos termos do artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias, porque, nos termos do artigo 296 do mesmo diploma convencional, as decisões tomadas pelo tribunal arbitral UNCLOS seriam definitivas e vinculantes, para as partes em conflito<sup>3187</sup>.

Subsidiariamente, a Irlanda teria alegado que, caso a Corte houvesse chegado à conclusão que as disposições invocadas fariam parte do direito comunitário – como, de fato, chegou -, que a Corte também considerasse as disposições relativas à solução de controvérsias, da Convenção UNCLOS, como modo de solução de controvérsias previsto no Tratado das Comunidades Europeias<sup>3188</sup>.

A Corte Europeia rejeitou o inteligente argumento irlandês, porque uma convenção internacional não poderia violar a competência exclusiva da Corte Europeia de Justiça, quanto

---

<sup>3183</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.52. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3184</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.52. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3185</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.52. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3186</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.53. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3187</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.53. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3188</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.53. Acesso em 13/01/2016.

à solução de controvérsias entre Estados-membros, no que toca à interpretação e aplicação do direito comunitário<sup>3189</sup>.

Por isso, os artigos 220 e 292 do Tratado das Comunidades Europeias vedariam que a Irlanda viesse a acorrer ao tribunal arbitral da Convenção UNCLOS, para a solução da disputa relativa à usina MOX<sup>3190</sup>.

A única parte desse entendimento, segundo a Corte Europeia de Justiça, que não decorreria da leitura do memorial irlandês no Caso UNCLOS, seria aquela referente aos riscos ligados ao terrorismo. De qualquer modo, não seria necessário responder se essa parcela da causa seria de direito comunitário, bastando verificar que a maior parte da disputa se referiria a esse direito, porque, nesse caso, caberia à Corte Europeia de Justiça identificar os elementos da disputa que diriam respeito às disposições do tratado internacional, que não estariam abrangidos por tal competência<sup>3191</sup>.

Em se tratando de competência exclusiva da corte, como por ela entendido, os argumentos irlandeses, quanto às vantagens de um procedimento de arbitragem, nos termos do artigo VII da Convenção UNCLOS, deveriam ser rejeitados. Tais vantagens não poderiam justificar que um Estado-membro se exonerasse das obrigações contidas no Tratado das Comunidades Europeias<sup>3192</sup>.

Quanto à alegada urgência e necessidade de medidas provisionais, afirmou a Corte, tais medidas poderiam vir a ser decididas nos processos a ela submetidos<sup>3193</sup>.

Dessa forma, as três acusações contra a Irlanda foram consideradas procedentes. Por fim, a Irlanda foi condenada nas despesas, enquanto a Suécia e o Reino Unido arcaram com as suas próprias<sup>3194</sup>.

---

<sup>3189</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.53. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3190</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.54. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3191</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.54. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3192</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.54. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3193</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.55. Acesso em 13/01/2016.

<sup>3194</sup> <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0459&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. p.64. Acesso em 13/01/2016.

**ANEXO - Manifestação de Roger Jackling, representando o Reino Unido, no décimo-quinto encontro, da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 16/08/1974.**<sup>3195</sup>

*"29. The prevention and control of marine pollution had been the subject of a great deal of effort in recent years, and he was pleased to inform the Committee that as a result of recent legislation, his Government was now in a position to ratify the 1969 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, the 1971 International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation of Oil Pollution Damage, the 1971 amendments to the 1954 International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, the 1972 London Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter and the 1972 Oslo Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircraft. The United Kingdom Government was already imposing on its ships those standards provided for in the 1969 amendments to the 1954 Convention, although those amendments were not yet in force internationally and their implementation imposed a competitive penalty on British ships. Together with a group of other European countries, the United Kingdom had, in February 1974, signed the Convention for the Prevention of Marine Pollution from Land-based Sources, which should bring land-based sources of pollution in the North Sea and North-east Atlantic under control.*

*30. It was the view of his delegation that the function of the Conference was to provide an efficient and effective framework into which those Conventions and others could be incorporated while maintaining a sensible balance with other objectives. A scientific assessment of pollution must be made, and on that basis, the costs of preventing pollution must be related to the benefits derived from doing so.*

*31. While the cost factor would inevitably affect the speed with which pollution could be eliminated from the marine environment, his delegation deplored attempts to introduce double standards whereby a State might impose on foreign ships entering its water standards more stringent than those internationally agreed on, whilst at the same time insisting that its own ships visiting other States' waters should be allowed not to comply with even the minimum international standards.*

---

<sup>3195</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Third United Nations Conference on the Law of the Sea. A/CONF.62/C.3/SR.15. Summary Records of Meetings of the Third Committee. 15 th. Meeting.** Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 2009.p.374.

32. *Pollution was a world problem and his delegation viewed with much concern proposals which, in effect, would create second class systems and which were unlikely to establish generally acceptable provisions.*

33. *Any regime that emerged from the Conference must give considerable responsibility to coastal States in relation to control of pollution in the waters immediately bordering their territory. As a coastal State which had experienced major pollution incidents, the United Kingdom supported coastal State rights and obligations to control land-based and sea-bed sources of marine pollution and dumping provided that the proposed regime contained suitable safeguards.*

34. *Vessel-source pollution, though in toto probably less damaging than land-based, raised more difficult problems of control. Currently, responsibility in that field lay almost entirely with the flag States. That system had been criticized, and it was true that some flag States were more punctilious than others in the exercise of their responsibilities, but its achievements should not be forgotten. There was a justifiable sense of urgency with regard to pollution prevention and some impatience with the established process of international negotiations. Efforts had been made by IMCO and maritime and coastal States to speed up that process. Much had been agreed on and implemented through the adoption of resolutions recommending codes of practice, standard practices and guidelines which, together with the studies carried out by IMCO and distributed to member Governments, were frequently acted upon by flag States without any formal obligation to do so. Formal conventions took longer, but even there the record was good. Furthermore, proposals were under consideration which would enable technical amendments to conventions to be adopted by a "passive acceptance" procedure which would enable the machinery of international agreement to keep up with the rapidly changing technologies of the modern world.*

35. *It was against that background that the case that had been put forward for greater coastal State involvement in the control of vessel-source pollution should be examined. His delegation considered that any regime which allowed ships' discharge and construction regulations to be made in any way other than by international agreement would give rise to serious practical problems. It had expressed its views in that respect in the Second Committee at the 25th meeting. Some delegations had emphasized the need to confirm the right of States to protect their economic resources from pollution. While accepting that principle where it was efficient and effective, his delegation considered that the protection of economic resources from vessel-source pollution could most effectively be done through the drawing up of international agreements.*

36. Referring to the question of enforcement, he said that his Government took its responsibilities in that field very seriously. It inspected ships in port, acted on information from abroad and dealt with all cases reported to it either by administrative action or through prosecution. One of the main problems in that respect was obtaining adequate evidence to satisfy courts of law and obtain conviction. Coastal State enforcement powers would not change that problem. The 1973 Convention which used the system of port State inspection to provide evidence which the flag State needed went a long way to removing impediments to prosecution. Referring to the views just expressed by the representative of Iceland concerning the relevance of fisheries commissions' practices in that respect, he considered that as the collection of evidence was easier in the case of fisheries, such practices were not necessarily applicable in the case of marine pollution control. However, a more rigorous definition of the responsibilities of a flag State was necessary and his delegation had recently submitted proposals to the Second Committee (A/CONF.62/C.2/L.54) to that end.

37. His Government appreciated the concern of many States that regulations should be effectively enforced. It considered that means could be found to meet that concern while at the same time recognizing the important part that the flag States must continue to play in the prevention of marine pollution and the need to ensure that world trade was not unnecessarily impeded.

38. Ratification and implementation of existing international conventions in the field of marine pollution control was the best means of improving the marine environment, and he strongly endorsed the appeal by the Chairman to members of the Committee to make recommendations to their Governments to ratify those conventions as soon as possible, as most maritime countries had already done."

