



UnB

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

**AS INTERAÇÕES ENTRE O REGIME DO DIREITO DO MAR E O REGIME DO
COMÉRCIO INTERNACIONAL NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE A
PESCA: COOPERAÇÃO OU COOPTAÇÃO?**

Luciana Fernandes Coelho

**Brasília
2016**

LUCIANA FERNANDES COELHO

**AS INTERAÇÕES ENTRE O REGIME DO DIREITO DO MAR E O REGIME DO
COMÉRCIO INTERNACIONAL NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE A
PESCA: COOPERAÇÃO OU COOPTAÇÃO?**

Dissertação apresentada como requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade”, realizada sob a orientação do Professor Doutor George Rodrigo Bandeira Galindo.

Brasília

2016

Coelho, Luciana Fernandes.

Título: As interações entre o regime do Direito do Mar e o Regime do Comércio Internacional na solução de controvérsias sobre a pesca: cooperação ou cooptação? / Luciana Fernandes Coelho. -- Brasília, 2016.

175 f.

Orientador: Doutor George Rodrigo Bandeira Galindo.

Trabalho de conclusão de curso (mestrado – Direito) – Universidade de Brasília - UnB. Faculdade de Direito, Brasília, DF, 2016.

1. Interação entre regimes. Regime do Direito do Mar. Regime do Comércio Internacional. I. Título

CDU 341.221.2

À minha querida mamãe, Rosângela, e ao meu querido papai, Tarcísio

Ao meu companheiro, José Henrique

AGRADECIMENTOS

Como lindamente canta Mercedes Sosa, “*Gracias a la vida que me ha dado tanto [...]*”, e sem o apoio e o cuidado de muitos, esta pesquisa não teria sido possível. Devo frisar que essa dissertação representa não somente o fruto de horas de leitura e escrita solitária, mas também meu amadurecimento acadêmico. Foram dois anos intensos de leitura, noites acordada, horas sentada, participação em diversos coletivos e muitos debates. Aqui, menciono alguns nomes de pessoas queridas que foram importantes nesse trajeto, acompanhados de poucas palavras que, sem dúvida, são insuficientes para mensurar meu sentimento de gratidão.

Agradecimentos eternos à minha família. Mamãe, Rosângela, meu porto seguro, apoiando-me e, mesmo distante, colocando-me em seu colo nos momentos de dificuldade. Papai, Tarcísio, pelo apoio e por representar meu exemplo de retidão, empenho e comprometimento. Certamente, sem o suporte de vocês, essa escolha de dedicação exclusiva ao mestrado não teria sido possível.

Às minhas irmãs, Laura, Luiza e Adriana, sempre dispostas a me estender a mão nos momentos difíceis e a vibrar pelas minhas vitórias.

Ao meu avô, Thomaz Fernandes, meu grande exemplo de perseverança e coragem, e à minha avó, Raimunda Torquato, pelo exemplo de honestidade e demonstração de que a sabedoria popular é poderosa e não pode ser ignorada.

Às tias Socorro Mota, Rita Bulhão e Rachel Fernandes por acreditarem no meu potencial e pelo apoio afetivo.

Agradeço a José Henrique Everton, que esteve ao meu lado antes e durante essa jornada, compartilhando cada vitória e auxiliando a transpor as derrotas. Seguramente, o engenheiro que mais conhece sobre Direito do Mar, pós-colonialismo, Twail e transconstitucionalismo.

Ao meu orientador, Professor George Bandeira Galindo, pelo grande exemplo de comprometimento acadêmico e de intelectualidade, pelas leituras e pelos debates qualificados.

À professora Carina Costa de Oliveira, por me estimular a ingressar na pesquisa sobre Direito do Mar, pelo auxílio metodológico e, principalmente, por ser um exemplo de pesquisadora comprometida e dedicada à academia jurídica.

Ao Professor Marcelo Neves pelos ensinamentos teóricos, pelas instigantes discussões e por todo o apoio acadêmico.

E, estendendo o agradecimento também a Elvira Neves, pela amizade.

Aos professores Juliano Zaiden Benvindo, Gabriela Lima, Inez Lopes e Ana Cláudia Farranha, pelo suporte acadêmico e por também serem exemplos de dedicação à pesquisa e ao

ensino jurídico.

Ao Professor Martti Koskenniemi que, além figurar como um dos grandes marcos teóricos da pesquisa, se dispôs a discuti-la, quando ainda estava em estágio embrionário, e realizou apontamentos essenciais, entre eles, a indicação dos escritos da professora Margaret Young.

Ao professor Ino Augsberg, que me honrou ao se dispor a debater minha pesquisa e ao apresentar-me a obra da professora Nele Matz-Lück, essencial para a análise empreendida nessa pesquisa.

Às professoras Sandrine Maljean-Dubois e Marie-Pierre Lanfranchi, com as quais tive o prazer de conviver por um breve período e que também realizaram importantes apontamentos à pesquisa atual e às que pretendo desenvolver futuramente.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), que apoiou o Projeto “A Estratégia Brasileira para a Gestão Sustentável dos Recursos Vivos e não Vivos Marinhos”, do qual fui bolsista.

Aos professores e pesquisadores integrantes dos grupos dos quais tive a honra de participar e que permitiram ampliar meus conhecimentos jurídicos e minha percepção de mundo: Grupo Crítica & Direito Internacional; Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade; Centro de Estudos em Direito do Mar “Vicente Marotta Rangel”; e Direito, Sociedade Mundial e Constituição.

A Nathaly Mancilla Órdenes, que desempenhou papéis fundamentais durante essa jornada: professora de espanhol, professora de artes, revisora de textos, aconselhamento acadêmico, psicóloga existencialista e, sobretudo, amiga.

Às queridas amigas Cláudia Carvalho, Natália Medina e Patrícia Ramos e aos queridos amigos José Nunes de Cerqueira Neto, Thiago Carvalho e Harvey Mpotu, pelo essencial apoio acadêmico e emocional durante todo esse caminho, em especial nos últimos meses.

Às amigas e aos amigos Ana Carolina Couto, Lucas Freitas, Bárbara Pincowsca, Gustavo Gouveia, Guilherme Del Negro, Bethânia Aguiar, Luana Almeida, Rodolfo Caetano, Graziela Reis, Maurício Palma, Gianna Sanchez, André Moura, André Cruz, Maria Celina Gordilho, Kelton Gomes, Alexandre Douglas Zaidan, Laís Maranhão, Janny Medina, Jorge Ortega e aos demais amigos do grupo Bukowina Global, que me acompanharam nesse percurso acadêmico e o tornaram mais leve.

Aos profissionais da área administrativa da Faculdade de Direito, que sempre estiveram dispostos a elucidar quaisquer dúvidas e a manter o correto funcionamento de toda a estrutura da pós-graduação. Agradeço, especialmente, a Euzilene Moraes, Lionete Alcântara, Kelly Bezerra,

Valgmar Lima, Valter da Silva, João Alves, Helena Meneses e Eliseu Barbosa.

Aos amigos Natália Salles, Natasha Memória, Dayse Borges, Lorena Mochel, Amanda Nava, Leopoldo Aranha e Ivo Domenico, pelo companherismo na estrada da vida.

RESUMO

O objetivo da pesquisa é analisar os diálogos — e a eventual ausência de comunicação — entre os regimes do Direito do Mar e do Comércio Internacional em controvérsias sobre o tema da pesca. Na Parte I, desenvolvem-se os conceitos e os pressupostos teóricos. Apresentam-se o cenário da discussão sobre a fragmentação do Direito Internacional e a multiplicação de cortes internacionais e problematiza-se o debate sobre a existência de regimes autossuficientes. Discute-se sobre os diferentes conceitos de regimes bem como explica-se o porquê de o Comércio Internacional e o Direito do Mar serem considerados regimes especiais. Em seguida, serão analisadas as ferramentas de resolução de conflitos normativos desenvolvida pela Comissão de Direito Internacional e outras formas de abordar as interações elaboradas pela doutrina. Especial atenção foi destinada à cooperação entre cortes e à interação *mainstreaming*, que constitui uma forma de cooptação. A parte II é dividida em dois momentos. No capítulo 2, realiza-se um estudo sobre os regimes do Direito do Mar e do Comércio Internacional, sinalizando o vocabulário e o *ethos* de cada um; os principais instrumentos normativos aplicáveis aos casos que versam sobre pesca; e a estrutura de seus respectivos mecanismos de solução de controvérsias. No capítulo 3, as propostas doutrinárias apresentadas na Parte I são aplicadas a casos sobre o tema da pesca que foram julgados em cada um dos tribunais, com ênfase às situações que geraram procedimentos paralelos. Como metodologia de abordagem para a análise da interação, três níveis de diálogo foram utilizados: a citação direta de um tribunal ao outro; as referências sobre os casos apontadas pela doutrina e a análise transversal dos termos princípio da precaução, desenvolvimento sustentável e abordagem ecossistêmica. Ao final, identifica-se que o regime do Direito do Mar não logrou constituir um vocabulário ou *ethos* próprio. Dessa forma, apesar de elementos do vocabulário protetivo terem sido absorvidos, o Tribunal Internacional do Direito do Mar se manteve atrelado às posições desenvolvidas pela Corte Internacional de Justiça e pela Corte Permanente de Justiça Internacional, atendendo ao público do Direito Internacional geral com a prevalência do princípio do *mare liberum*, conectado ao interesse comercial. O regime do Direito Comercial, por sua vez, é autocentrado e possui um vocabulário forte e um mecanismo compulsório de solução de controvérsias eficiente. Nesse contexto, seu movimento é de atender ao público interno. Assim, argumentos que busquem a conservação dos estoques pesqueiros são, em sua maioria, interpretados de forma submissa em relação à liberdade comercial. Entende-se que, para promover diálogos transparentes, plurais e contra hegemônicos, é essencial descortinar os interesses políticos envolvidos nas atividades de cada um desses regimes.

Palavras-chave: Interação entre regimes. Regime do Direito do Mar. Regime do comércio internacional. Pesca. TIDM. OMC.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the dialogues — and the absence of communication — between the regimes of the Law of the Sea and Trade in conflicts about fisheries. Part I discusses the concepts and theoretical assumptions. The debate on the fragmentation of international law and the proliferation of international Courts is revived as the argument over the existence of self-contained regimes. The definitions of regimes are discussed and it is explained why the Law of the Sea and Trade should be understood as regimes. Subsequently, the toolbox of principles developed by the International Law Commission to deal with normative conflicts is analyzed, as will be other approaches developed by international lawyers. Special attention will be addressed toward the cooperation between courts and the mainstreaming interaction, which is a form of co-optation. Parte II is split in two sections. In chapter 2, a study is carried out on the regimes of the Law of the Sea and Trade law, emphasizing the vocabulary and the ethos of each one, as well as the main normative instruments applicable on cases about fisheries and the structure of their dispute settlement mechanisms. In chapter 3, the theoretical insights developed in Part I will be applied to a specific research study on case law surrounding fisheries, a study that includes some parallel judicial proceedings. The methodological approach adopted to analyze the interactions between regimes is based on three levels of dialogue: the direct quotation of one tribunal to another; the interaction between cases informed by the doctrine; and the cross-application of the terms precautionary principle, sustainable development and ecosystem approach. In the end, it is concluded that the regime of the law of the sea fails to provide a vocabulary or an ethos in and of itself. In this sense, although many elements of the environmental vocabulary have been assimilated, the International Tribunal for the Law of the Sea remains attached to the orthodox legal positions held by International Court of Justice and Permanent Court of International Justice, serving the general international law audience in which the *mare liberum* principle and the trade ethos prevails. The Trade law regime, in turn, is very self-centered and has a strong vocabulary and an efficient Dispute Settlement Understanding. In this context, its main concern is to attend to the regime's internal audience. As such, arguments that seek the conservation of fish stocks are, for the most part, placed in a compliant position towards free trade. It is understood that disclosing the political interests surrounding the activity of each regime is essential to promote transparent, plural and counter-hegemonic dialogues among them.

Keywords: Regime interaction. Law of the sea regime. Trade regime. Fisheries. ITLOS. WTO.

LISTA DE ABREVIATURAS

- AGNU – Assembleia Geral das Nações Unidas
- AMA – Acordos Multilaterais Ambientais
- CCAMLR – Convenção para a Conservação dos Recursos Vivos Marinhos da Antártica (sigla em inglês)
- CCSBT – Convenção para a Conservação do Atum do Sul (sigla em inglês)
- CDB – Convenção sobre Diversidade Biológica
- CDI – Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas
- CE – Comunidade Europeia
- CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos
- CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CIEL – Centro para o Direito Internacional do Meio Ambiente
- CIJ – Corte Internacional de Justiça
- CITES – Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Flora e Fauna Silvestre (sigla em inglês)
- CLPC – Comissão de Limites da Plataforma Continental
- CMC – Centro para a Conservação Marinha (sigla em inglês)
- CMS – Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres (sigla em inglês)
- CNUDM ou Convenção de Montego Bay – Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar
- CPJI – Corte Permanente de Justiça Internacional
- CTE – Comitê para o Comércio e o Meio Ambiente (sigla em inglês)
- CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
- DOALOS – Divisão das Nações Unidas para Assuntos Oceânicos e Direito do Mar (sigla em inglês)
- Eco 92 – Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável
- ESC – Entendimentos Relativo às Normas e aos Procedimentos sobre Solução de Controvérsias da OMC
- FAO – Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (sigla em inglês)
- FIELD – Fundo para o Direito Internacional do Meio Ambiente e Desenvolvimento (sigla em inglês)

FSA – Acordo sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios (sigla em inglês)

GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio (sigla em inglês)

IPOA-IUU – Plano Internacional de Ação para Prevenir, Deter e Eliminar a Pesca Ilegal, Não Declarada e Não Regulamentada (sigla em inglês)

ISA – Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos (sigla em inglês)

IUCN – União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (sigla em inglês)

IUU – Pesca ilegal, não declarada e não regulamentada

ICRW – Convenção Internacional sobre Regulação de Pesca às Baleias (sigla em inglês)

MCA – Convenção sobre a Determinação das Condições Mínimas de Acesso e Exploração dos Recursos marinhos na Áreas Marítimas sob jurisdição dos Estados Membros da SRFC

MCSC – Mecanismo de Compulsórios de Solução de Controvérsias estabelecido na CNUDM

OA – Órgão de Apelação da OMC

OI – Organização Internacional

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONG – Organizações Não Governamentais

ONU – Organização das Nações Unidas

OSC – Órgão de Solução de Controvérsias da OMC

OSPAR – Convenção sobre a Proteção do Meio Ambiente Marinho do Atlântico Nordeste (sigla em inglês)

PCA – Corte Permanente de Arbitragem (sigla em inglês)

PiCT – *Project on International Courts and Tribunal*

PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

RFMOS – Organizações Regionais para a Gestão Pesqueira (sigla em inglês)

SCM – Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (sigla em inglês)

SPS – Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias ou Fitossanitárias (sigla em inglês)

SRFC – Comissão Sub-regional da Pesca (sigla em inglês)

TBT – Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (sigla em inglês)

TIDM – Tribunal Internacional para o Direito do Mar

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRIPS – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (sigla em inglês)

UE – União Europeia

UNCITRAL – Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (sigla em inglês)

UNFCCC – Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (sigla em inglês)

WWF – Fundo Mundial para a Natureza (sigla em inglês)

ZEE – Zona Econômica Exclusiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I – FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	21
Capítulo 1 - Molhando os pés: pressupostos teóricos e conceitos relevantes para a pesquisa...21	
1.1 Das ansiedades pós-modernas à coexistência dos regimes.....	22
1.1.1 O conceito de regimes: da autossuficiência à especialidade	26
1.1.2 Era uma vez...: breve histórico da formação do regime do Direito Mar e do regime do Comércio Internacional.....	33
a) A formação do regime do Direito do Mar	34
b) A formação do regime do Comércio Internacional	38
1.2 Do isolamento à coexistência (e à cooperação?): formas de comunicação entre os regimes	43
1.2.1 As ferramentas de interpretação desenvolvidas pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas	44
1.2.2 Outras formas de comunicação entre os regimes	50
PARTE II – ESTUDO DOS REGIMES E DOS CASOS SELECIONADOS	63
Capítulo 2. Espelho, espelho meu: a pesca no regime do Direito do Mar e no regime do Comércio Internacional.....	66
2.1 A estrutura da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar e sobre o Mecanismo de Solução de Controvérsias do Tribunal Internacional do Direito do Mar	66
2.1.1 As disposições sobre a pesca na CNUDM	66
2.1.2 Acordos importantes sobre a pesca no regime do Direito do Mar.....	71
2.1.3 Os meios de comunicação previstos na CNUDM	74
2.1.4 O Mecanismo de Solução Compulsória de Controvérsias da CNUDM.....	76
2.2 Considerações sobre a estrutura da Organização Mundial do Comércio e sobre seu Órgão de Soluções de Controvérsias	87
2.2.1 Da frágil estrutura do GATT/1947 para a atual complexidade do OSC da OMC.....	88
2.2.2 O Mecanismo de Solução Compulsória de Controvérsias da OMC	90
2.2.3 O regime do Comércio Internacional, a pesca e o meio ambiente	96
2.2.4 Os meios de comunicação previstos no GATT/1994 e no ESC e os diálogos com acordos importantes sobre a pesca no regime do Comércio Internacional	97
Capítulo 3 – Alô, alô marciano: estudo de caso da interação entre o regime do Direito do Mar e o regime do Comércio Internacional.....	102
3.1 A ausência de coesão interna do regime do Direito do Mar (?): casos <i>Southern Bluefin Tuna</i>	106
3.2 As interpretações do art. XX, GATT: casos <i>United States — Restrictions on Imports of Tuna ou US-Tuna I ou Tuna-Dolphin (DS21/R)</i> e <i>United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products ou Shrimp-Turtle (DS 58)</i> e <i>United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products ou US — Tuna II (Mexico) (DS 381)</i>	114
3.3 Um embate entre os regimes do Direito do Mar e do comércio: casos <i>Chile — Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish (DS 193)</i> e <i>Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean</i>	127
3.4 A relação entre a jurisprudência do TIDM sobre pronta liberação e a pesca: caso “ <i>Volga</i> ”	133
3.5 A interpretação sobre as obrigações e as responsabilidades de proteção aos recursos pesqueiros: caso <i>Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)</i>	141

3.6 Um embate entre os regimes do Direito do Mar, do Comércio e da União Europeia: casos <i>European Union — Measures on Atlanto-Scandian Herring</i> (DS469) e <i>The Atlanto-Scandian Herring Arbitration (The Kingdom of Denmark in respect of the Faroe Islands v. The European Union)</i>	152
CONSIDERAÇÕES FINAIS	158
REFERÊNCIAS	164
TABELA DE CASOS CITADOS	177

INTRODUÇÃO

Os mares e os oceanos exerceram e exercem uma função fundamental na sobrevivência do ser humano. Foram (e são) importantes, entre outros fatores, para a expansão e a comunicação dos povos, para a subsistência, para a exploração de recursos naturais vivos e não vivos. No entanto, como elementos naturais finitos, já demonstram sinais do seu esgotamento e da impossibilidade de manutenção das atuais taxas de espoliação.

Em relação à pesca, um grupo de cientistas publicou, em 2006, na revista *Science*, um estudo em que comprovaram que grande parte dos estoques pesqueiros estavam explorados acima da capacidade de recomposição e projetaram o colapso desses recursos para o ano de 2048, caso medidas urgentes de gerenciamento e de preservação não fossem adotadas (WORM, *et al*, 2006).

Desse período até o presente, a preocupação da comunidade internacional com o esgotamento dos recursos haliêuticos cresceu bastante. Diversas são as organizações internacionais, regionais, governamentais e locais que pesquisam e trabalham com o tema, assim como organizações não governamentais (ONG) e setores da sociedade civil. No entanto, aparentemente, sob o aspecto jurídico, as regras de Direito Comercial, de Direito Ambiental, de Direito do Mar e do Direito Internacional parecem caminhar isoladamente. Desta feita, quando fui confrontada com essa realidade, foi inevitável questionar se o direito tem sido um mecanismo social relevante para garantir o equilíbrio do uso dos mares e evitar o esgotamento dos recursos pesqueiros.

No início de meu percurso no mestrado, estudei os debates sobre a fragmentação do Direito Internacional, a formação de regimes especiais e a multiplicação de tribunais internacionais. Com base nesse enfoque, a globalização e o incremento da complexidade, tanto das sociedades nacionais quanto das relações internacionais ou transnacionais, tornaram a linguagem geral do Direito Internacional incapaz de suprir a necessidade semântica das diversas novas relações entre os Estados e dos novos atores do Direito Internacional — sejam aqueles já admitidos pelo centro, como as organizações internacionais (OI), sejam aqueles que atuam na periferia das relações internacionais, mas exercem forte influência, como as empresas transnacionais. Consequentemente, assistiu-se à formação de polos epistêmicos, com vocabulários específicos e documentos próprios, inclusive contendo normas de segundo grau.

Essa aparente anarquia do Direito Internacional gerou desconforto em muitos juristas, que temeram pela perda da unidade do Direito Internacional e pela utilização instrumental dos

tribunais, prática conhecida como *forum shopping*¹. Tais temores sinalizavam uma resposta negativa em relação à função do Direito como garantidor do equilíbrio do uso dos recursos pesqueiros, no entanto, essas respostas ainda não eram conclusivas.

Quando comecei a atuar como pesquisadora nos projetos sobre Direito do Mar desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, foi inevitável aliar tais estudos à análise da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar (CNUDM) que, a despeito de representar o corolário de um dos mais complexos e amplos processos de negociação internacional, legítima quatro formas distintas de solução compulsória de controvérsias, à livre escolha dos Estados. Por que a Convenção legitimou essa forma de fragmentação? Quais públicos cada um desses tribunais pretende atender? Quais as consequências dessa previsão normativa para a preservação dos estoques pesqueiros e da unidade da Convenção?

Minha inquietação foi ainda mais aguçada ao perceber que, além dos quatro mecanismos compulsórios de solução de controvérsias ali identificados, um conflito sobre a pesca poderia também ser julgado por regimes regionais ou sub-regionais de Direito do Mar ou, ainda, pela Organização Mundial do Comércio (OMC), que possui um dos mecanismos compulsórios de solução de controvérsias (MCSC) mais eficientes e uma audiência totalmente diferenciada.

Essa reflexão deságua em indagações sobre como os regimes se comportam em controvérsias híbridas cujo tema seja transversal a outros regimes ou em disputas em que existam casos com jurisdição paralela. Obviamente os tribunais não podem fugir do vocabulário de seus respectivos regimes, mas possuem certo grau de discricionariedade para assimilar termos externos, durante a formação de sua decisão. As partes e os terceiros interessados também podem cumprir importante função de instigar o tribunal com outras semânticas. Como os tribunais respondem a essas demandas? Haveria alguma interação entre os Tribunais na análise dos casos, de modo a considerar fontes externas ao regime, ou cada qual funciona isoladamente? Os Tribunais teriam algum cuidado em manter as expectativas gerais ou só se preocupam em atender seu público interno?

A esse respeito, de forma muito pertinente, Koskenniemi observa que

While the Commission discovered that no regime, however special, was autonomous from general law, it failed to give any indication on how to deal with conflicts between the special and the general or between the various special and general rules inter se. (KOSKENNIEMI, 2005, p. 10).

¹ Este conceito será desenvolvido no Capítulo 1.

² Utilizarei a expressão “direito internacional geral” em referência às regras aplicáveis a todos os ramos do direito internacional, indistintamente, salvo disposição em contrário. Portanto, como expressão da *lex generalis*, em contraposição à *lex specialis*.

³ Adotarei a definição desses três tipos de pesca contida no Plano Internacional de Ação para Prevenir, Deter e Eliminar a Pesca Ilegal, Não Declarada e Não Regulamentada (IPOA-IUU), quais sejam:

3.1 Illegal fishing refers to activities:

3.1.1 conducted by national or foreign vessels in waters under the jurisdiction of a State, without the permission of

Alguns internacionalistas compartilham da mesma inquietação, a exemplo de Teubner e Fischer-Lescano (2004), os quais abordam a colisão entre regimes a partir da perspectiva da teoria dos sistemas. Embora analisem alguns casos práticos, predominam, em sua abordagem, os aspectos teóricos. Varela (2014), por sua vez, constrói uma metodologia semelhante à da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI), para resolver as colisões entre normas antagônicas, porém não aborda a complexidade inerentes às distintas percepções de mundo (semântica) que caracterizam os regimes. Crawford e Nevill (2015) constroem nove métodos de interação entre regimes a partir da análise de julgamentos de tribunais internacionais, no entanto eles mesmos reconhecem que esses métodos não resolverão todos os conflitos de interação e que a identificação da ferramenta a ser aplicada dependerá do caso concreto. Já Romano (2009) evita estabelecer métodos de resolução de conflitos, mas faz observações sobre como os tribunais se comportam. Todas essas perspectivas serão exploradas no próximo capítulo.

Em busca de respostas à minha inquietação, observei também que alguns estudos de casos de colisões entre regimes, sob diversas perspectivas, já existem. Por exemplo, Korth e Teubner (2015) exploraram a interação entre a lei formal da sociedade moderna globalizada e as regras das comunidades indígenas. Saunders (2015) explora a relação entre regimes internacionais e normas nacionais. Boyle (2008) explora, transversalmente, como diversos regimes abordam o Direito Ambiental Internacional. Matz-Lück (2015) analisa casos sobre poluição marinha e quais semânticas de outros regimes podem ser utilizados para auxiliar na interpretação. Humphreys (2015) analisa o entendimento do termo “transferência de tecnologia” em três regimes distintos e verifica se as diferenças políticas e ideológicas de cada regime transparecem na forma como o termo é interpretado em cada situação, inclusive por um mesmo Estado membro dos três regimes. Koskenniemi (2015) utiliza-se da categoria gramsciana da hegemonia para identificar que a interação entre regimes expansivos ocorre na tentativa de um deles se tornar o “Esperanto global”.

Em interessante pesquisa, Young (2013) empreendeu uma análise institucional e verificou como algumas OIs enfrentam o tema da pesca sustentável sob três estágios: elaboração e implementação das normas e julgamento de supostos ilícitos. A autora teceu alguns comentários ao regime do mar, mas seu foco foi na interação entre a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) e a Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Flora e Fauna (CITES).

Existem também estudos que avaliam a abertura de um regime a normas externas, como o fizeram Marceau (2002), Pauwelyn (2001 e 2003) e Flett (2015). Interessante assinalar que o

objeto desses estudos é majoritariamente a OMC, devido à força que o vocabulário comercial exerce nos dias atuais.

Encontrei poucas pesquisas que abordassem a interação entre o Tribunal Internacional para o Direito do Mar (TIDM) e outros tribunais ou regimes. Entre essas pesquisas, destaca-se a de Trevis (1999). À primeira vista, isso pareceu-me decorrer do pouco tempo de funcionamento do tribunal e do fato de que, em sua instituição, as preocupações maiores tenham sido em relação à sobreposição de jurisdição com a Corte Internacional de Justiça (CIJ).

A partir dos estudos desenvolvidos por esses internacionalistas e observando a insuficiência de pesquisas que correlacionem a atuação do TIDM e da OMC, propus-me a analisar se existem interações entre a forma como o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC e o TIDM julgam casos sobre pesca.

Parto da premissa de que as normas internacionais, inclusive o Direito Internacional geral², são amplas, contém normas em branco e, por vezes, são ambíguas exatamente para possibilitar aos intérpretes adequá-las ao caso específico e ao desenvolvimento histórico das relações internacionais, de modo a manter o ordenamento jurídico coeso, sem necessitar revisá-lo a todo momento. Há ainda situações em que os próprios documentos internacionais preveem a possibilidade de incorporação de elementos externos. São exatamente essas características do Direito Internacional, as quais ocorrem de forma mais ou menos explícitas, que possibilitam a comunicação entre os regimes. No entanto, a intensidade e o modo como cada tribunal vai dialogar com outros tribunais são indeterminados.

Trabalhei com a hipótese de que o regime do Comércio Internacional, representado pelo OSC da OMC, abre-se mais à assimilação de elementos externos do que o TIDM, pois possui um vocabulário forte, de modo a incorporar as semânticas exteriores a seu *ethos*. O TIDM, por sua vez, é um regime fraco, que ainda está a construir seu próprio vocabulário, cujos julgados oscilam entre o *mare liberum*, o *mare clausum* e a proteção dos recursos marinhos, por isso evita assimilar vocabulários externos. Desta feita, ambos estabelecem, por meio de seus julgados sobre a pesca, conexões *mainstreaming*, em que a semântica comercial é hegemônica, o que não invalida ou contradiz a existência de cooperações.

A escolha dos regimes do Direito do Mar e do Comércio deu-se a partir da percepção de que um mesmo conflito sobre o tema da pesca pode ser facilmente discutido, dependendo do tipo de argumentação, em ambos os regimes. Logo, este é um objeto que oportunizada o estudo sobre a interação entre regimes a respeito de uma atividade que perpassa transversalmente a

² Utilizarei a expressão “direito internacional geral” em referência às regras aplicáveis a todos os ramos do direito internacional, indistintamente, salvo disposição em contrário. Portanto, como expressão da *lex generalis*, em contraposição à *lex specialis*.

discussão sobre aspectos do Direito Internacional geral e sobre Direito Ambiental. Ademais, identifiquei uma ausência de pesquisas sobre a relação entre ambos.

Com essa pesquisa, pretendo colaborar com a discussão sobre o diálogo entre os regimes no âmbito internacional. O objetivo principal do trabalho não é estabelecer proposições sobre como os mecanismos de controvérsias devem agir — muito embora a identificação de melhores práticas seja inevitável —, e sim analisar como as instituições pesquisadas julgam ilícitos relacionados à atividade da pesca e quais as correlações que podem ser estabelecidas entre os argumentos utilizados nas decisões.

Ao apontar que o gerenciamento utiliza a técnica e a ciência como formas de defender uma suposta neutralidade e estabelecer estratégias hegemônicas universalizantes, empregadas pelos regimes na interação com outros como forma de cooptá-los, não pretendo advogar pela criminalização da estruturação internacional em regimes ou mesmo defender uma unidade, busco, apenas, descortinar as relações de poder que são invisibilizadas para que, assim, o diálogo possa ser realizado de forma mais consciente e plural e estratégias contra-hegemônicas possam ser construídas.

A delimitação da pesquisa no tema da pesca decorreu das preocupações com a proteção à biodiversidade e à manutenção dos estoques haliêuticos, em meio ao crescimento da indústria pesqueira e à intensa dependência humana desses recursos, não somente em termos alimentícios. Por sua vez, a escolha em analisar as decisões dos órgãos de solução de controvérsia deveu-se ao reconhecimento da relevância das decisões dos tribunais na prática dos Estados, como vetor unificador e, por vezes, configurador de relativa estabilidade, em meio ao crescente florescimento de novos instrumentos e atores no cenário internacional.

Nessa esteira, apesar das imensas possibilidades de abordar o tema, como é verificável na literatura acadêmica acima exposta, pareceu-me mais interessante dividir o trabalho em dois momentos. No primeiro, destinado à análise dos pressupostos teóricos que embasam a pesquisa, problematizarei qual a relação que concebo entre os regimes e o Direito Internacional geral e apresentarei qual conceito de regimes utilizo. Em seguida, demonstrarei porque classifico o Direito do Mar e o Comércio Internacional como regimes, por meio de uma breve análise do desenvolvimento histórico deles, e apresentarei o estudo e as ferramentas que a CDI desenvolveu para enfrentar o problema da fragmentação, explicando por que as entendo como limitadas. Por fim, explorarei outros ferramentais desenvolvidos pela doutrina para analisar o diálogo entre os regimes. No que se refere ao aporte teórico, dedicarei especial atenção às conclusões de Romano (2009), no que diz respeito ao estudo sobre a comunicação entre Cortes; à cooperação *cross-regime*, mencionada por Matz-Lück (2015); e à cooptação *mainstreaming*, desenvolvida por Koskeniemi

(2015). No segundo momento passarei a analisar algumas formas de diálogo entre os regimes a partir de suas respectivas estruturas e de casos julgados.

No capítulo 2, que será dedicado à análise estrutural de cada regime isoladamente, verificarei como os principais instrumentos que regulam cada um dos regimes permitem a incorporação de elementos externos e o grau de deferência ao Direito Internacional geral. Também identificarei como o mecanismo de solução de controvérsias de cada um desses regimes é constituído, quais os limites de cada Tribunal e como a pesca é regulada no âmbito desses tribunais. Por fim, serão realizados alguns comentários acerca de outros instrumentos que têm sido relevantes para oportunizar a abertura do regime a elementos externos.

No terceiro capítulo, analisarei alguns casos do TIDM e outros casos da OMC cuja controvérsia relacionava-se, mesmo que indiretamente, com o tema da pesca. Entre esses casos, destaco dois deles em que o embate entre o regime do Direito do Mar e o regime do Comércio foi visível, verificando quais as principais menções e considerações tecidas em relação a esses dois casos. Há outros casos em que os tribunais decidiram sem citar expressamente a jurisprudência ou os conceitos externos, o que não significa uma atuação isolada, ignorando a existência do outro. A um, porque silêncios e omissões são, por vezes, propositais e justificados, conforme será observado ao longo da pesquisa. A dois, porque a assimilação de conceitos externos pode ocorrer de forma menos explícita, por exemplo, com a mudança de juízes entre tribunais ou por meio da contribuição de *experts*. A três, porque a incorporação de ideologias externas não é realizada, por vezes, de forma racional. Portanto, o simples fato de não haver menção ao outro tribunal ou regime, não significa que o vocabulário externo não seja assimilado.

Desta feita, além da metodologia de revisão bibliográfica, foi necessário desenvolver uma ferramenta de abordagem específica para esse capítulo. Nesse sentido, a interação será verificada a partir de três níveis distintos. O primeiro considerará as menções diretas e explícitas de um tribunal a um terceiro tribunal ou a documentos dos outros regimes. O segundo considerará as correlações entre os regimes apontadas pela doutrina. O último utilizará três parâmetros de análise que são utilizáveis nos dois regimes: desenvolvimento sustentável, abordagem ou princípio da precaução e abordagem ecossistêmica. Esses parâmetros foram escolhidos devido ao fato de serem apontados pela doutrina como marcos de uma nova relação do homem e dos regimes com o meio ambiente. Nesse contexto, cabe salientar que tenho consciência de que a definição desses termos é controversa, assim como há discussões que criticam a ideologia afeita a cada um deles, no entanto não será necessário adentrar nessas contendas, já que não pretendo apontar se a utilização a utilização desses termos ocorreu de forma correta — o que, por si só, implicaria juízo de valor —, mas verificar como eles foram interpretados.

A escolha em explorar os casos, ao invés de escolher temas, e de mencionar os julgados como exemplos decorreu da identificação de que essa abordagem, quando realizada por outros autores, permite a omissão de pontos importantes dos casos ou compara situações que um estudo rigoroso demonstra serem incomparáveis. Em contrapartida, um estudo aprofundado dos casos permite um aprofundamento maior deles e a utilização das ferramentas de interação de forma mais efetiva. Ademais, observei, ainda, a falta de estudos em língua portuguesa que problematizem os julgamentos dos tribunais.

Alguns casos analisados, como o *M/V “Saiga”* e o *Mox Plant*, não envolvem especificamente o tema da pesca, mas foram estudados em razão da importância que representam à temática do diálogo entre mecanismos de solução de controvérsias. Ademais, esses casos possuem outros elementos significativos e confluentes à temática da pesquisa, a exemplo da incorporação de princípios e de regras do Direito Internacional geral e do Direito Internacional do Meio Ambiente, além de debaterem elementos da alçada científica, o que já importa na abertura para um campo do conhecimento diverso do jurídico.

Considero que o Direito Internacional geral é o substrato que legitima os regimes e deve ser considerado e interpretado por todos eles. No entanto, a forma por meio da qual eles se apropriam das regras gerais é distinta, razão por que também será focado, aqui, como esses tribunais especiais se apropriam do Direito Internacional geral e dos julgados da CIJ.

Friso que preferi abordar o julgamento dos casos e não me adentrar nas opiniões de cada juiz, pois a visão institucional do regime é a do acórdão final. Ademais, como será observado no capítulo 2, os votos dos juízes do Órgão de Apelação (OA) da OMC são confidenciais, de modo que seria impraticável trabalhar com a opinião dos juízes de um tribunal e não o fazê-lo em relação a outro. Entretanto, quando for oportuno, mencionarei, como recurso argumentativo, a visão singular de juízes.

A escolha dos casos não obedeceu ao critério da planificação marinha, ou seja, versam tanto sobre a pesca na zona econômica exclusiva (ZEE) quanto na zona contígua, no mar territorial e em alto mar. Isso deveu-se, sobretudo, ao fato de o enfoque da pesquisa ser nos tribunais, e não nos instrumentos ou atores. Portanto, a discussão dos acordos e da planificação marinha será realizada incidentalmente no que for importante para subsidiar o entendimento dos casos e para verificar as possibilidades de interação dos regimes. Saliento, ainda, que os termos interação, diálogo, comunicação e abertura serão utilizados como sinônimos, assim como comércio internacional e comércio.

De forma a propiciar uma amostragem relevante de casos, o termo pesca foi utilizado de forma abrangente, englobando, por exemplo, a aquicultura, a pesca de baleias — em inglês,

whaling, e em francês, *chasse* —, a pesca de tartarugas e a pesca de camarões. Ademais, apesar de não se ignorar a existência de um esforço internacional específico para combater a pesca ilegal, não declarada e não regulamentada (IUU),³ os casos analisados não foram limitados àqueles que versam sobre esse tipo de pesca, especialmente porque esse conceito foi formulado em período posterior à CNUDM.

³ Adotarei a definição desses três tipos de pesca contida no Plano Internacional de Ação para Prevenir, Deter e Eliminar a Pesca Ilegal, Não Declarada e Não Regulamentada (IPOA-IUU), quais sejam:

3.1 Illegal fishing refers to activities:

3.1.1 conducted by national or foreign vessels in waters under the jurisdiction of a State, without the permission of that State, or in contravention of its laws and regulations;

3.1.2 conducted by vessels flying the flag of States that are parties to a relevant regional fisheries management organization but operate in contravention of the conservation and management measures adopted by that organization and by which the States are bound, or relevant provisions of the applicable international law; or

3.1.3 in violation of national laws or international obligations, including those undertaken by cooperating States to a relevant regional fisheries management organization.

3.2 Unreported fishing refers to fishing activities:

3.2.1 which have not been reported, or have been misreported, to the relevant national authority, in contravention of national laws and regulations; or

3.2.2 undertaken in the area of competence of a relevant regional fisheries management organization which have not been reported or have been misreported, in contravention of the reporting procedures of that organization.

3.3 Unregulated fishing refers to fishing activities:

3.3.1 in the area of application of a relevant regional fisheries management organization that are conducted by vessels without nationality, or by those flying the flag of a State not party to that organization, or by a fishing entity, in a manner that is not consistent with or contravenes the conservation and management measures of that organization; or

3.3.2 in areas or for fish stocks in relation to which there are no applicable conservation or management measures and where such fishing activities are conducted in a manner inconsistent with State responsibilities for the conservation of living marine resources under international law.

De forma concisa, Ventura (2015) dispõe que: “Thus, ‘illegal’ fishing is the one conducted in violation of national laws or international obligations, whereas ‘unreported’ fishing refers to activities which ‘have not been reported, or have been misreported, to the relevant national authority (or to a regional fisheries management organization), in contravention of national laws and regulations’. Finally, fishing activities are ‘unregulated’ when they occur in areas where no regulatory systems exist, or in a manner that is inconsistent with the conservation and management measures of a coastal state or a regional fisheries organization”.

PARTE I – FUNDAMENTOS TEÓRICOS

*No man is an island,
Entire of itself,
Every man is a piece of the continent,
A part of the main.
If a clod be washed away by the sea,
Europe is the less.
As well as if a promontory were.
As well as if a manor of thy friend's
Or of thine own were:
Any man's death diminishes me,
Because I am involved in mankind,
And therefore never send to know for whom the bell tolls;
It tolls for thee
(John Donne)*

Capítulo 1 - Molhando os pés: pressupostos teóricos e conceitos relevantes para a pesquisa

Uma pesquisa que se propõe a analisar decisões judiciais, a fim de alcançar resultados pelo método indutivo, pode fazê-lo por meio de diversas perspectivas, as quais incluem, por exemplo, a possibilidade de adotar a teoria da argumentação e de estabelecer padrões de decisões; também seria possível adotar uma metodologia sociológica ou antropológica e analisar os juízes, enquanto agentes elaboradores da jurisprudência internacional, assim como fizeram Daniel Terris (2007) *et al* e Richard Posner (2008). De fato, não existe uma resposta única ou mesmo a possibilidade de imparcialidade plena, a coerência e a lisura de um estudo baseiam-se, em grande parte, na honestidade do pesquisador em apresentar as verdades que estruturam seu percurso. Desta feita, antes de mergulhar na análise dos dados, vislumbrou-se a necessidade de explorar de forma detalhada alguns pressupostos e conceitos instrumentais que dão significado à pesquisa desenvolvida, sob pena de, ao não fazer ou fazê-lo de modo superficial, incorrer em quebra comunicativa de entendimento com o leitor.

Primeiramente, realizar-se-ão alguns comentários sobre a fragmentação do Direito Internacional, seu movimento de especialização e a multiplicação de tribunais internacionais. Após essas discussões, apresentar-se-á o conceito de “regimes” utilizado e demonstrar-se-ão os motivos pelos quais se admite o Direito do Mar e o Comércio Internacional como regimes especiais. Em seguida, analisar-se-ão as ferramentas propostas pela CDI para resolver conflitos normativos e identificar-se-á o porquê da compreensão de que eles são limitados. Por fim,

explanar-se-á acerca de outras formas de interação entre os regimes apontadas pelos internacionalistas, sobretudo a interação *mainstreaming*.

1.1 Das ansiedades pós-modernas à coexistência dos regimes

É difícil precisar uma data específica ou um evento que marcou o fenômeno da formação de regimes. De uma forma genérica, é possível afirmar que, a partir da segunda metade do século XX e início do século XXI, a relativização das barreiras de tempo/espaço e o incremento da diferenciação funcional ocorrida nas relações internacionais⁴, geraram a especialização do direito internacional e sua suposta fragmentação.

Em outros termos, considerando que o vocabulário do Direito Internacional geral não era mais suficiente para atender às novas relações ocorridas em âmbito internacional e transnacional, houve um agrupamento de atores técnicos em grupos comunicativos sobre determinados temas. Desta feita, dicionários terminológicos específicos foram gerados, acompanhados de

⁴ Os autores que trabalham com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann entendem que a evolução social ocasionou o incremento da complexidade que, na sociedade moderna, conduziu à diferenciação funcional. Ressalta-se que, para essa linha de autores, a sociedade não é sinonímico do conjunto de indivíduos; na verdade, o sujeito é trasladado para fora da sociedade (ambiente), que passa a ser considerada como um sistema, em que a operação basal é a comunicação. Essa perspectiva já rompe com a distinção entre os desenvolvimentos ocorridos no plano interno e aqueles do plano internacional, haja vista que não faz sentido pensar em sociedade a partir de fronteiras geográficas ou com base em nacionalidades, pois “no sólo se subestiman la variabilidad y complejidad de las relaciones que se aprecian regionalmente, sino también y sobre todo la dimensión descentralizada y conexionista con la que, por todo el mundo, se comunica a través de redes complejas en esta ‘sociedad de información’” (LUHMANN, 2006, p. 17) — muito embora direito e política sejam, segundo esse autor, segmentados regionalmente. Para Luhmann, os sistemas sociais são unidades autopoieticas, ou seja, são constituídos pelos próprios elementos que constroem, por meio das dinâmicas de autorreferência basal, reflexividade e reflexão, e criam uma diferença sistema/ambiente. O código sistêmico é característica de um sistema social autorreferencialmente fechado, bem como é estruturado de forma binária mediante um valor negativo e um positivo; por exemplo, o código do direito é “lícito/ilícito”, o da ciência, “verdadeiro/falso”, o da economia, “ter/não ter”, o da política, “poder/não poder”, em ambientes democráticos, “governo/oposição” (NEVES, 2013, p. 62 e 86). Dessa forma, toda comunicação que não consiga ser processada por meio do respectivo código sistêmico não será reconhecida, trata-se do “ambiente” que circunda o sistema. A evolução social ocorre “quando aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura [expectativas] do respectivo sistema” (NEVES, 2013, p. 01). A evolução, sujeita ao acaso, é relacionada aos movimentos de variação, seleção e restabilização ou retenção nos sistemas. Assim, o processo evolutivo relaciona-se com seleção, incorporação e reprodução de elementos desviantes (provenientes do ambiente) nos sistemas sociais, sendo incorporados à estrutura do sistema. Para alguns teóricos da teoria sistêmica, o movimento de especialização do Direito Internacional decorreu da multiplicação de processos comunicativos funcionalmente distintos, atrelados a racionalidades parciais, que geraram a formação de novos regimes jurídicos. Para efeitos da presente pesquisa, defende-se que a relativa estabilidade social assegurada pelo Estado Moderno, inclusive com a ascensão de uma elite comercial, e o desenvolvimento tecnológico forneceram o substrato para que os diversos discursos de poder e interesses tenham se multiplicado e ocorrido de forma tão organizada, a ponto de gerar regimes com maior ou menor grau de autonomia em relação ao Direito Internacional geral. Como resta evidente, esse entendimento guarda alguma consonância com a teoria dos sistemas, motivo pelo qual se utilizará o vocabulário e o ferramental dessa literatura de forma instrumental, embora seja importante ressaltar que a presente análise não se identifica como pertencente à teoria dos sistemas.

regulamentos próprios (*hard law* e *soft law*⁵), formação de um corpo de técnicos e acadêmicos, instituições singulares e, em alguns casos, houve a necessidade de estabelecer órgãos de solução de controvérsias capazes de compreender as especificidades dos regimes. Aos poucos, esse movimento gerou a formação de comunidades estruturadas de forma mais ou menos autônoma em relação ao Direito Internacional geral e, devido a sua destacada especificidade, adquiriram denominações próprias, como “Direitos Humanos”, “Direito Ambiental”, “Direito Comercial”, “Direito do Mar”, “Direito dos Investimentos”, entre outras denominações.

Esse panorama foi acompanhado com cautela pela CDI que, no ano de 2000, incluiu o tema “Riscos resultantes da fragmentação do Direito Internacional” no seu projeto de trabalho de longo prazo. Ato contínuo, em 2002, foi criado um grupo de estudo, inicialmente liderado por Bruno Simma, e, a partir de 2003, por Martti Koskenniemi, para analisar o tema e propor recomendações. Em 2006, o grupo de estudos publicou o relatório final intitulado “A função e o escopo da regra *lex specialis* e a questão dos regimes autossuficientes”, doravante “relatório”, sistematizando seus trabalhos e suas conclusões. Esse documento gerou muitos debates entre os internacionalistas e será de grande valia no presente trabalho (ILC, 2006).

O temor de alguns membros da CDI e de alguns internacionalistas em relação à alegada fragmentação era a multiplicação de cortes, o suposto enfraquecimento da segurança jurídica e a consequente perda da legitimidade do Direito Internacional em razão de práticas como o *forum shopping*⁶, em que o Estado “escolhe” o tribunal cuja jurisprudência e procedimentos melhor se adequem a sua demanda.

A fim de impossibilitar esse suposto uso instrumental do Direito, propôs-se estabelecer formas de hierarquia no Direito Internacional por meio de uma constituição mundial ou de um tribunal superior, em analogia ao Direito Nacional. Nesse contexto, para uns, como Bruno Simma e Alfred Verdross (FASSBENDER, 2009), a Carta das Nações Unidas representava a constituição mundial; para outros, a exemplo Andreas Paulus (2005) e Alexander Orakhelashvili

⁵ Utilizar-se-á o conceito de *hard law* em contraposição à *soft law*; esta última será empregada em consonância com o disposto por Combacau e Sur (2014, p. 53): “les recommandations des organisations internationales; les instruments concertés non conventionnels, tels que les déclarations ou actes finals de conférences, certains communiqués communs. Leur origine réside en général dans des instruments écrits, unilatéraux ou collectifs, dépourvus de force obligatoire mais non de tout effet juridique. Ils peuvent par exemple préparer l’apparition de normes obligatoires, s’incorporer dans une procédure conventionnelle voire dans un processus coutumier. Ils peuvent également contribuer à leur interprétation. Ces instruments appartiennent au contexte des normes obligatoires, et il est aussi difficile de les écarter totalement de l’univers juridique que de définir précisément leurs effets. On peut déplorer les risques de confusion intellectuelle et juridique qui en résultent. Mais si les risques de confusion intellectuelle et juridique qui en résultent. Mais si les états entrent dans cette voie, c’est qu’ils y trouvent un intérêt. En dépit, ou peut être à cause de l’imprécision de leur statut, elles remplissent à leurs yeux des fonctions utiles”. Portanto, as normas consideradas *hard law* são caracterizadas por conter força cogente, enquanto a *soft law* não.

⁶ Busch (2007) faz referência ao conceito de Forum Shopping contido no Black’s Law Dictionary: ‘when a party attempts to have his action tried in a particular court or jurisdiction where he feels he will receive the most favorable judgment or verdict’.

(2012), as normas peremptórias exerceriam essa função; há ainda aqueles, como, por exemplo, Gardbaum (2008), que elencam os direitos humanos como direitos com *status* constitucional.

Por sua vez, Koskenniemi e Leino (2002, p. 554) citam a proposição do ex-presidente da CIJ, Schwebel, que diz respeito à criação de mecanismos que possibilitassem aos tribunais internacionais solicitarem opiniões consultivas ao Tribunal sobre matérias em que julgassem relevante existir uma coesão de entendimento para manter a unidade do Direito Internacional, evitando que a “proliferação”⁷ de tribunais e órgãos de solução de controvérsias, no sistema internacional, pudesse incentivar a instrumentalização das cortes.

Em breve explicação sobre as angústias que permearam as discussões sobre a fragmentação, Simma (2009, p. 270) afirma que:

In international legal parlance, the term [fragmentation] has gained such prominence out of the fear that international law might lose its universal applicability, as well as its unity and coherence, through the expansion and diversification of its subject-matters, through the development of new fields in the law that go their own way, and that legal security might thereby suffer (remember that I will take up the proliferation issue separately). In particular, it is the appearance of more and more international treaties of a law-making type, which regulate related or identical matters in a variety of, sometimes conflicting, ways and binding different but sometimes overlapping groups of states, that is a matter of concern.

Em contrapartida, há aqueles que identificam a fragmentação como um fenômeno natural, um reflexo da fragmentação funcional multidimensional da sociedade global (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004). Inclusive, não seria um acontecimento inédito na história, já que é semelhante aos acontecimentos vivenciados em outros períodos (KOSKENNIEMI, 2005)⁸. A esse respeito, salienta-se que utilizar a terminologia “fragmentação” importa considerar que, em algum momento, houve uma unidade ou coerência no Direito Internacional, fato que, conforme apontado por Koskenniemi (ILC, 2006, parágrafo 492; 2002) e Matz-Lück (2015, p. 205) não procede.

⁷ Galindo ressalta que os internacionalistas que veem esse fenômeno com menor temor preferiam utilizar o termo “multiplicação” a “proliferação”, pois este último possui conotação negativa e rememora a polarizada situação política internacional do período da Guerra Fria (2012, p. 04-05).

⁸ Conforme assinala Koskenniemi (2005, p. 14), o vocabulário da unidade foi utilizado em outros momentos históricos, para legitimar determinados discursos com pretensões hegemônicas: “Now unlike my European colleagues, I am not particularly worried about this, not only because some of the suggested re-thinking about international regimes is absolutely called for. Much more importantly, however, this view has exactly the same difficulty that nationalism in the 19th century had. Even as Lasson was writing, the vocabulary of the nation was showing itself conflictual, indeterminate, open. The "nation" was not an iron cage but a myth, the "national interest" not a firm datum for resolving policy-conflict but completely embedded in social conflict about what the "nation" meant. This was as true of the German empire in the late 19th century as it is of American empire today: nationalism paradoxically dependent on internationalist principles, interpreted in as many ways as there are political contestants. The social engineering view and the view of international law as prudential co-ordination presumes the stability of the entities to be co-ordinated in a completely unrealistic way.”

Em verdade, a formação do Direito Internacional ocorreu de forma descontínua, pulverizada territorialmente, e seu desenvolvimento sempre esteve relacionado à legitimação de semânticas de grupos específicos para a manutenção ou para o rompimento do *status quo*. Esse movimento é bem salientado por Anghie (2004), ao reconstruir a narrativa da soberania estatal como um discurso baseado na dualidade colonizado/colonizador, com finalidade de segmentação e legitimação de um discurso de poder; e por Tanaka (2012), ao identificar a formação do princípio da liberdade de navegação como uma forma de deslegitimar a divisão dos mares instituída pelo Tratado de Tordesilhas. De fato, a unidade do Direito Internacional nunca foi um atributo natural, mas uma característica artificialmente construída pela dogmática, favorecida e favorecedora da estrutura centralizadora do Estado Moderno, conforme ressalta Koskenniemi, ao citar a defesa da unificação realizada por Hugo Grotius e Thomas Hobbes, no século XVII (2005, p. 03)⁹.

Nesse ínterim, para além do debate sobre a existência de uma norma hipotética fundamental no Direito Internacional, é certo que a estrutura desse ordenamento jurídico não possui um vértice piramidal similar a dos direitos interno, de modo que nem mesmo o *jus cogens* poderia assumir essa função em razão da incerteza sobre quais normas estão contidas nesse conjunto.

Essa contestação seria a prova de que o sistema jurídico internacional está corrompido em relação à política? Seria a prova de que o direito internacional não é um “verdadeiro direito” (GALINDO, 2012)?

Entende-se que essa não é uma demonstração de falha ou corrupção do sistema jurídico internacional, mas sim uma característica deste. Essa percepção atesta que a organização jurídica *top-down* não é a única existente e que a aplicação da analogia interna ao Direito Internacional não é possível¹⁰, uma vez que não há (e não deve haver) um centro único de poder, sob pena de se instituir uma ditadura global. Em face do exposto, é perceptível que a dualidade unidade/fragmentação constitui uma narrativa de perspectiva que vai depender dos interesses a serem defendidos, como, por exemplo, movimentos separatistas que utilizam a retórica da unidade em torno de algo como discurso para legitimar a segmentação. Nesse contexto, um discurso que apresenta a fragmentação como perda da segurança jurídica, anarquia e caos torna a

⁹ De forma semelhante, Matz-Lück (2015, p. 205) afirma que: “Specialisation is not a new phenomenon. In fact positive international law has always consisted of instruments addressing a specific problem or question of political relevance by legal means. With the potential exception of the most fundamental rules of customary international law, there has never been a primary body of definable ‘general international law’, upon which the subsequent ‘special international law’ was built.”

¹⁰ Por conseguinte, discorda-se da conclusão assumida por Simma (2009, p. 270) de que a multiplicação de regimes no Direito Internacional seria a transposição, para a esfera internacional, da diversificação de ramos já existente no Direito Interno.

defesa da unidade, hierarquia, constitucionalização e estabilidade algo muito palatável, ao ponto de esconder discursos de poder ou tornar sua aceitação compulsória (KOSKENNIEMI, 2005, p. 05) (TEUBNER, 2009, p. 334) (FISCHER-LESCANO E TEUBNER, 2004, p. 1002).

A partir da discussão sobre a especialização e a multiplicação de tribunais internacionais, a utilização do conceito dos regimes (a literatura que aborda a teoria dos sistemas utiliza a terminologia subsistemas), para se referir à estrutura do cenário internacional atual, ganhou coro. Antes de identificar o conceito de regimes utilizado na pesquisa, é necessário apresentar os conceitos de regimes autossuficientes¹¹ e regimes especiais¹², a fim de evitar problemas relacionados a terminologias.

1.1.1 O conceito de regimes: da autossuficiência à especialidade

A referência a regimes autossuficientes foi realizada primeiramente pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) no caso *S.S. Wimbledon*¹³, fazendo remissão a um corpo de normas materiais que versavam sobre determinado tema de forma distinta da regulação geral, caso em que se aplicaria ao princípio da *lex specialis*. Em oportunidade posterior, no caso *Reféns de Teerã*¹⁴, a CIJ referiu-se aos regimes autossuficientes como um complexo de normas que contém regras específicas de procedimento que versam, inclusive, sobre as consequências do seu descumprimento¹⁵. Por conseguinte, a discussão em relação aos regimes autossuficientes foi

¹¹ Tradução livre para *self-contained regimes*.

¹² Tradução livre para *special regimes*.

¹³ Na ocasião, a CPJI foi inquirida a identificar se a Alemanha teria o direito soberano de restringir, no Canal de Kiel, a navegação de navios que transportavam armas para abastecer conflito em relação ao qual a Alemanha se declarara neutra. No julgamento, a Corte identificou que o Tratado de Versalhes contém normas específicas relativas ao Canal de Kiel e, na ocasião, classificou-as como “*self-contained*”, significando que constituem *lex specialis* e devem ser interpretadas restritivamente. O posicionamento majoritário entendeu que as disposições específicas relativas ao canal restringiam os direitos soberanos da Alemanha e que o Estado deveria cumprir os compromissos nacionais assumidos de permitir a livre navegação, o que não interferia na neutralidade alemã (v. UN, 2012, pp. 163-168).

¹⁴ A CIJ foi instada a identificar se o Irã havia violado as regras de proteção diplomática, estabelecidas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, na ocasião em que a embaixada dos Estados Unidos em Teerã e os consulados em Tabriz e Chiraz foram invadidos e membros do corpo diplomático foram detidos como reféns. Em sua argumentação, a CIJ afirmou que o direito diplomático constitui um regime autossuficiente que estabelece tanto as obrigações do Estado receptor (instalações, privilégios e imunidades) quanto as medidas para combater eventual violação das regras. A Corte concluiu que o Irã não havia utilizado as sanções previstas no instrumento (como a possibilidade de declarar um diplomata *persona non grata*), logo violara as regras de proteção diplomática (ICJ, 1980, parágrafo 86).

¹⁵ O relatório da CDI menciona as seguintes definições de regimes autossuficientes: “(a) a special set of secondary rules that determine the consequences of a breach of certain primary rules (including the procedures of such determination) as well as (b) any interrelated cluster (set, regime, subsystem) of rules on a limited problem together with the rules for the creation, interpretation, application, modification, or termination - in a word, administration - of those rules. In addition, academic commentary and practice make constant reference to a third notion - ‘branches of international law’ - that are also assumed to function in the manner of self-contained regimes, claiming to be regulated by their own principles”. Muito embora não se ignore que o relatório da CDI apresenta três definições

transladada da aplicação do princípio da especialidade para, utilizando-se a terminologia da teoria dos sistemas, embasar as indagações sobre o fechamento operativo dos subsistemas (SIMMA, 2006, p. 491/492), ou seja, a possibilidade da existência de regimes totalmente independentes do Direito Internacional geral.

A esse respeito e concordando, ainda, com Simma, Koskenniemi e Crawford, entende-se ser exagerada a defesa de uma autonomia completa dos regimes porque eles estão umbilicalmente estruturados nos princípios e nas normas gerais e costumeiras do Direito Internacional geral, inclusive é essa relação que dota os regimes de legitimidade e reconhecimento como direito. Por mais que se admita que alguns deles possuam organização institucional e vocabulários mais sofisticados e, ainda, um fechamento operativo maior em relação ao sistema geral, a construção normativa dos regimes e a atividade hermenêutica, sobretudo na interpretação das normas em branco, não são realizadas a partir de um vazio normativo, uma retórica sem substrato jurídico, elas ocorrem a partir de elementos e estruturas comuns, por mais que permitam a integração de mudanças. Portanto, as normas do Direito Internacional geral originam a maioria das regras dos regimes específicos e serão aplicáveis — de forma direta ou como recurso hermenêutico — às situações em que existe omissão ou falha da norma especial. Por exemplo, dificilmente algum regime conseguirá se afastar das regras contidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), principalmente os artigos 31 e 32 (ILC, 2006, p. 100).

Por esse motivo, Crawford e Nevill (2015) qualificam como desnecessária a menção a “regimes autossuficientes” realizada pela CIJ no caso *Tebran Hostages*, pois a intenção era somente se referir ao fato de as sanções ou medidas contra diplomatas fazerem parte das normas específicas sobre o tema, sem a intenção de caracterizá-las como algo externo ao Direito Internacional geral.

Desta feita, o conceito de regimes utilizados presentemente afasta a ideia de que esses regimes sejam completamente autônomos em relação ao Direito Internacional geral. Utilizando novamente a nomenclatura da teoria dos sistemas, os subsistemas não realizaram fechamento operativo completo, a ponto de funcionarem com base em racionalidades comunicativas distintas e ameaçarem a legitimidade do Direito Internacional. Assim, conforme concluído pelo relatório da CDI (ILC, 2006, p. 248-249): “One principal conclusion of this report has been that the emergence of special treaty-regimes (which should not be called self-contained) has not seriously undermined legal security, predictability of the equality of legal subjects”.

distintas de regimes autossuficientes, preferiu-se utilizar o conceito desenvolvido por Simma (2006, p. 491/492), que se inclina à terceira definição do relatório, pois é o que mais se coaduna com a abordagem do tema realizada ao longo do relatório, bem como a desenvolvida pela doutrina. Ademais, as outras duas definições conectam-se mais à ideia de regimes especiais, a ser desenvolvida abaixo.

Em contrapartida, também é certo que a deferência realizada por cada regime ao Direito Internacional geral não é igual. Para os regimes “fortes”, as regras gerais são uma fonte de legitimidade, ao passo que a efetividade se dá pelo recurso às normas internas e pela consequente manutenção das expectativas normativas. Para os regimes “fracos”, a própria efetividade ocorre por meio do recurso ao Direito geral. Por exemplo, conforme apontado por Simma e verificável no estudo de caso a ser realizado, o regime do Comércio Internacional, considerado forte, guia-se por suas regras específicas, mas não hesita em invocar a unidade do Direito Internacional geral quando a legitimidade das decisões do órgão de solução de controvérsias é questionada. Em contrapartida, regimes considerados fracos, como os direitos humanos apontado por Simma, e o Direito do Mar, necessitam fazer recorrente referência ao Direito Internacional geral e a seu pertencimento a ele (SIMMA, 2006, p. 510).

Como todos os regimes são conectados ao Direito Internacional geral, não se admite que a constitucionalização do Direito Internacional ou o estabelecimento de uma estrutura hierárquica sejam alternativas necessárias e adequadas. Isso porque a possibilidade de coexistência entre regimes sem a necessidade de um tribunal supremo ou de uma constituição universal não significa a perda da universalidade do Direito Internacional¹⁶ ou mesmo a impossibilidade de existir diálogo, pontes de aprendizado cognitivo ou hierarquias momentâneas (acoplamentos) entre os diversos regimes (FISCHER-LESCANO E TEUBNER, 2004, p. 1008). Por fim, em um sistema internacional ainda muito vinculado à soberania estatal, dificilmente lograr-se-ia a adesão de todos os países a uma Constituição universal ou uma Corte Suprema Internacional.

Sob o enfoque da teoria dos sistemas, Mascareño (2009, p. 02) também entende a fragmentação do direito — que ele apresenta como sinônimo de pluralismo jurídico — como um movimento insuperável; desse modo, discorda que unidade, soberania e hierarquia ainda desempenhem papel relevante para contê-la e sustenta que uma das razões dessa impossibilidade consiste no fato de o sistema jurídico organizar-se por uma segmentação transversal e não mais em termos estatais, mas em relação a operações jurídicas e a expectativas normativas associadas aos espaços funcionais regulados concretamente e que operam supranacionalmente.

Para ele (MASCAREÑO, 2009, p. 04-05) e outros teóricos da teoria dos sistemas (FISCHER-LESCANO e TEUBNER, 2004, p. 1015), os regimes formados são autossuficientes, pois organizam constituições sociais próprias, que contém não somente normas primárias e secundárias, mas também realizam o acoplamento estrutural dos mecanismos reflexivos do Direito com os de outras esferas sociais; são legitimados por obedecerem um procedimento comum reconhecido por todos; e possuem o ideal de justiça como fator de contingência.

¹⁶ Universalidade no sentido de Bruno Simma (2009, p. 267).

Segundo essa perspectiva, a legitimidade e a validade dos regimes não estão atrelados ao Direito Internacional geral. Cada um desses regimes forma seu próprio campo de legitimação a partir de suas preferências, garantidas por meio da manutenção da diferenciação proporcionada pelos direitos fundamentais. A validade é mantida porque o meio simbólico do direito, ou o meio de aceitação, continua sendo o mesmo, *Recht e Unrecht*¹⁷ (MASCAREÑO, 2009, p. 11). Dessa maneira, em um sistema jurídico plural, as colisões são inerentes e só poderão ser resolvidas caso a caso, por meio de uma compatibilidade normativa débil, que coordene fragmentos descentralizados descentralizadamente. Fischer-Lescano e Teubner (2004, p. 1004) complementam essa perspectiva estabelecendo que a fragmentação não é um fenômeno exclusivo do direito, mas inerente a toda a sociedade global.

Nesse contexto, muito embora a proposição relativa à organização transversal do sistema internacional permita diferentes abordagens e novas formas de pensar as relações globais, discorda-se da alegada independência dos regimes. A um, porque os autores atrelam a autossuficiência dos regimes ao desenvolvimento de constituições autônomas no bojo de cada um deles. Ocorre que a definição de constituição utilizada é diversa da usualmente empregada¹⁸, consistindo, para Mascareño, em qualquer documento de auto-regulamentação, inclusive desatrelada do âmbito estatal. O conceito proposto por Fischer-Lescano e Teubner (2004, p. 1015), embora seja mais desenvolvido, não consegue alcançar a maioria dos regimes. A dois, a teoria desenvolvida por Mascareño com suporte em Luhmann, Teubner e Fischer-Lescano, baseia-se em poucas análises empíricas, citando a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (UNCITRAL) e a OMC de forma genérica, sem o detalhamento dos casos realizado no relatório da CDI, em que restou comprovada a deferência ao sistema geral. A análise de Fischer-Lescano e Teubner centra-se na *lex mercatória*, na *lex digitalis* e na *lex constructionis*, regimes bem específicos, cujas características e modo de atuação não podem ser tão facilmente generalizáveis. A três, em consonância com a crítica realizada por Brunkhorst (2012, p. 09), os regimes não podem ser visualizados como somente aglomerados de

¹⁷ O termo pode ser traduzido como lícito/ilícito.

¹⁸ A esse respeito Neves (2012, p. 91-92) elucida que: “Não obstante, põe-se a seguinte questão: as transformações estruturais no plano internacional são realmente adequadas à formação de um equivalente funcional para a Constituição em sentido moderno, apto a servir à racionalidade transversal entre direito e política? Também o conceito jurídico de Constituição como conjunto normativo-jurídico supremo é universal e pode ser transportado para qualquer ordem jurídica. Mas, quando se fala de Constituição como ‘aquisição evolutiva da sociedade moderna’, emprega-se, como salientado no item 1 deste capítulo, o conceito de Constituição em sentido estrito. Caso se admita que ‘o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico através de Constituições não tem correspondência no plano da sociedade mundial’, torna-se controversa a identificação de Constituições no plano do Direito Internacional público ou de uma supranacionalidade jurídico-política global. [...] Pelo menos até o momento, apesar da forte juridificação no plano internacional, não parece tão simples transferir o conceito de Constituição em sentido moderno, dependente de amplos pressupostos, a instâncias globais de natureza internacional ou supranacional. Esse transporte conceitual importa, no mínimo, o reconhecimento de certas restrições.”

comunicações regidos pela eficiência e pela técnica, suas formações trazem consigo a emergência de novas estruturas de poder hegemônico globais ou mesmo antigos poderes, buscando construir novas regras mais benéficas aos interesses de elites. Assim, desatrelar a legitimidade e a validade deles do Direito Internacional geral obscurece essas relações de poder. O imperialismo da eficiência e da técnica bem como a hegemonia dos regimes serão retomados adiante.

Além dos regimes autossuficientes, o relatório utilizou também o termo “regimes especiais”, em referência ao primado da *lex specialis*, identificando que haveria um corpo normativo geral — o Direito Internacional geral — e as normas especiais criadas pelos regimes. A esse respeito, o relatório sugere que os termos “regimes autossuficientes” e “regimes especiais” são sinônimos e, de fato, ambos descrevem formas semelhantes de estruturação do panorama internacional. Ocorre que, em razão do primeiro denotar um subsistema completamente autônomo, a CDI considera preferível utilizar a segunda expressão (ILC, 2006, p. 82, parágrafo 152, (5)). Desta feita, abandonar-se-á o termo regimes autossuficientes e será feita referência, de forma indistinta, aos termos regimes e regimes especiais.

A tipologia “regimes” foi inicialmente empregada por profissionais das relações internacionais, com especial destaque a partir da década de 1980 (YOUNG, 2015b, p. 04), e, atualmente, faz parte também dos vocábulos jurídicos e das ciências políticas.

Segundo Keohane e Nye (2001), no pós-Segunda Guerra Mundial, os Estados começaram a se organizar em regimes (clubes) como uma nova forma de trabalhar a governança. O arranjo em regimes permite a criação de *networks* sobre áreas temáticas, com as vantagens de diminuir os custos de celebrar e implementar acordos e permitir a participação de um grupo de *experts* sobre as áreas temáticas definidas.

Nesse contexto, os regimes se diferenciam dos acordos. Estes são arranjos *ad hoc*, ao passo que aqueles têm um objetivo de estabilidade e durabilidade (KEOHANE E NYE, 2001). As regras internas e os procedimentos de tomada de decisões são passíveis de revisões e incorporações de elementos do ambiente, no entanto seus princípios basilares e sua concepção de mundo, não (KRASNER, 1982, p. 189).

Embora esse entendimento genérico seja compartilhado, os conceitos de regimes abordados pela doutrina são diferentes e esse é um elemento significativo para identificar o Direito do Mar e o Comércio Internacional nessa categoria. Assim, de forma didática, Young (2015b, pp. 5-6) organiza as definições de regimes a partir dos seguintes pressupostos: (i) quem, (ii) o que, (iii) quando e (iii) por quê.

O primeiro conjunto diz respeito aos atores responsáveis pela construção e manutenção dos regimes. Pode ser bem exemplificado pelo conceito de Krasner, proveniente das relações

internacionais, como: “Regimes can be defined as sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations” (KRASNER, 1982, p. 185). Os principais atores analisados por esses autores são os Estados,¹⁹ embora existam estudos que considerem outras influências, como de redes transnacionais, de organizações não governamentais, de redes privadas, de sindicatos trabalhistas²⁰, de grupos com conhecimentos técnicos entre outros²¹.

As instituições são o foco do segundo conjunto de autores que se debruçam na definição dos regimes (Young, 2015b, pp. 8-9). Um bom exemplo de entendimento sob essa perspectiva é fornecido por Crawford e Nevill (2015, p 259, nota 88): “We would define a regime as more or less institutionalized system of dealing with a particular field of behaviour, often associated with the governance of territory, which claims a substantial measure of comprehensiveness and exclusivity”. Nesse ínterim, análises focadas em novos arranjos institucionais, como o Direito Administrativo global e a governança global²², estão inseridas nessa classificação²³.

O terceiro conjunto refere-se a autores que convergem suas análises conceituais na perspectiva dos estágios do desenvolvimento dos mecanismos jurídico e adjudicatório dos regimes (YOUNG, 2015b, pp. 9-10). Embora a autora não tenha especificado um conceito de regimes adotado por essa perspectiva de estudo, é possível inferir que a singularidade dessa abordagem decorre da importância em identificar em que fase da estruturação normativa e adjudicatória é possível conceber um novo regime, haja vista que um conhecimento jurídico especializado, ainda que organizado, não constitui, necessariamente, um regime.

O último conjunto apresentado pela autora define regimes como “sets of norms, decision-making, procedures and organisations coalescing around functional issue-areas and dominated by particular modes of behaviour, assumptions and biases” (YOUNG, 2015b, p.11). Essa perspectiva é compartilhada por autores pós-modernos que se preocupam com a reificação dos regimes, ou seja, buscam demonstrar que a construção e o funcionamento desses regimes é uma contingência de como seus mandatos são interpretados por grupos dominantes (LANG, 2015) ou como se não tivessem origens específicas ou novas orientações em seu funcionamento futuro (GALINDO, 2012)²⁴.

Ressalte-se que essas definições não são fixas e que, como toda classificação de cunho didático, importam em reducionismos, de modo que algumas perspectivas de análise podem estar

¹⁹ A esse respeito ver STEIN, 1982.

²⁰ A esse respeito ver KEOHANE e NYE, 2000. STRANGE, 1982.

²¹ Sobre as elites como principais atores nos regimes, ver PUCHALA, HOPKINS, 1982.

²² A esse respeito ver KINGSBURY, KRISCH e STEWART, 2005.

²³ Também estão incluídos na perspectiva institucionalista STOKKE, 2011. CRAWFORD e NEVILL, 2015.

²⁴ A esse respeito ver KOSKENNIEMI 2007 e 2010 e 2015. MARTINEAU, 2009.

inseridas em mais de um “conjunto”. Por exemplo, Nele Matz-Lück (2015) e Margaret Young (2015b) utilizam elementos do primeiro e do segundo conjunto, gerando um conceito que pode ser representado da seguinte forma: “sets of norms, decision-making, procedures and organisations coalescing around functional issue-areas”. Há também propostas totalmente distintas, como a de Fischer-Lescano e Teubner (2004, p. 1016), desenvolvidas a partir da teoria dos sistemas: “regimes dispose of a union of primary and secondary legal norms, and their primary rule-making is structurally coupled with the creation of substantive social norms in a specific societal sector”.

A definição adotada na presente análise se inclina para a descrição de regimes realizada pelo quarto conjunto descrito por Young, embora, como salientado, as perspectivas acima apontadas não são estáticas, de modo que também se utilizará a literatura citada nos demais conjuntos. Registre-se que a definição de Young e Matz-Lück é coerente e perfeitamente aplicável na análise dos casos realizada nos capítulos seguintes. No entanto, entende-se que ela é incompleta, pois se centra em aspectos técnicos, desconsiderando os aspectos políticos envolvidos na criação de novos regimes e na seleção dos valores e preferências de cada um, ou do que é permitido e do que não é permitido em cada regime, o que Lang (2015) denomina de “princípios de perspectiva”²⁵.

Para exemplificar como a neutralidade técnica é uma quimera, Lang (2015, p. 118-119) analisa os significados das barreiras ao comércio em dois momentos históricos distintos do regime do Comércio Internacional. Segundo demonstra, nos primeiros trinta anos de vigência do GATT, o foco da política comercial era reduzir as tarifas e acabar com os resquícios das medidas comerciais restritivas utilizadas ao longo do período entre guerras. Somente após os anos 70, com a emergência de um novo modelo econômico liberal, houve o aprofundamento da categorização das barreiras ao comércio internacional e das barreiras não tarifárias. Assim, hoje, boa parte das medidas de gestão da economia aplicadas nesse período seriam consideradas como abusivas.

Também desmistificando o caráter puramente técnico envolto na criação de um novo regime, Romano (2004 e 2009, nota 86) aponta que a gênese do Tribunal Internacional para o Direito do Mar decorreu do descrédito de alguns membros da Assembleia-Geral das Nações Unidas (AGNU), especialmente os países em desenvolvimento, com a atuação da CIJ, na década de 70, nos casos do Sudoeste da África²⁶, que foram reiteradamente ignorados pela África do Sul

²⁵ Tradução livre do termo “*principles of vision*”.

²⁶ Os casos são bem interessantes, pois, além de terem acompanhado quase toda a segunda metade do século XX, são retratos dos interesses e dificuldades relacionados ao processo de descolonização. O Sudoeste da África, atual Namíbia, era uma possessão da Alemanha até a Primeira Guerra Mundial. Como a Alemanha perdeu o conflito e ficou arrasada, a administração da região ficou sob o mandato da Liga das Nações, que delegou sua tutela para a União Sul-Africana. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, restou em aberto identificar qual a condição jurídica da

e demonstraram os limites da atuação da Corte. Nesses termos, ao obscurecer os mecanismos políticos de seleção nos regimes, a instrumentalização do Direito por determinadas elites passou a ser naturalizada, impossibilitando a construção de mecanismos de mitigação da influência política no Direito ou mesmo de pluralização de vozes.

Após essa discussão sobre a fragmentação do Direito Internacional, sobre a não adoção da perspectiva de regimes autossuficientes, sobre a demonstração e a justificativa dos conceitos de regimes utilizados na pesquisa, realizar-se-á um breve e genérico histórico da formação dos regimes do Direito do Mar e do Comércio, oportunidade em que o conceito aqui anunciado será aplicado a essas áreas específicas.

1.1.2 Era uma vez...: breve histórico da formação do regime do Direito Mar e do regime do Comércio Internacional

Diversas são as definições de regimes, conforme salientado acima. Após a apresentação daquela que subsidiará a pesquisa, será necessário aplicá-la ao Direito do Mar e ao Comércio Internacional, de modo a demonstrar porque tais áreas constituem regimes especiais.

Desta feita, realizar-se-á, a seguir, uma exploração da formação desses campos temáticos, sinalizando os movimentos de afastamento do Direito Internacional geral e a criação de uma área específica.

região. Em 1950, a CIJ emitiu a primeira opinião consultiva a respeito do caso, identificando que o mandato pertencente à Liga das Nações ainda era válido e fora transferido à ONU, a tutela da União Sul-Africana também fora mantida (ICJ, 1950). Ao longo da década de 50, as afrontas da União Sul-Africana direcionadas a anexar o Sudoeste Africano e explorar a região continuaram. Em 1960, a Libéria e a Etiópia solicitaram uma segunda opinião consultiva sobre a situação do Sudoeste Africano, mas a CIJ não emitiu parecer em relação ao caso. Paralelamente, a Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou uma resolução sinalizando que a questão na região estaria ameaçando a paz e a segurança, como uma forma de suscitar o Conselho de Segurança da Nações Unidas, que permaneceu inerte nessa e nas demais ocasiões em que foi chamado, em razão do veto dos Estados Unidos, França e Inglaterra. Mesmo assim, as negociações com a África do Sul continuaram difíceis, a exploração da população do Sudoeste Africano continuava intensa, as violações aos direitos humanos acentuavam-se. Em 1963, a AGNU conclamou os Estados a não fornecer petróleo ou armamentos à África do Sul. No entanto, poucos acataram a decisão, pois tinham receio de legitimar o processo de descolonização e perder os direitos expropriatórios no continente. Somente em 1967 a ONU assumiu a responsabilidade direta pela administração do território. No entanto, a África do Sul demonstrou oposição ao novos *status* da região e continuou a explorá-la. Em 1971, o caso foi levado pela terceira vez à CIJ, que declarou ilegal a presença sul-africana na região e reconheceu o Conselho para a Namíbia como o representante de direito (ICJ, 1971). Somente em 1974 o Conselho de Segurança manifestou-se e condenou o que ocorria na Namíbia. Em 1976, o Conselho aprovou a Resolução 385 que balizou o processo de descolonização da região. O ocorrido demonstrou como a implementação do Direito Internacional ocorre de forma seletiva, obedecendo a interesses expúrios. Muito embora a CIJ e a Assembleia da ONU reconhecessem a ilegalidade da ocupação Sul-africana na Namíbia, as determinações da CIJ nas opiniões consultivas não alcançaram mudanças fáticas e demonstraram as limitações do Tribunal. Para maiores informações, ver PINNI, 2014.

a) A formação do regime do Direito do Mar

Os mares e oceanos são regulados pelo homem há tempos imemorráveis. Inicialmente, as normas que regulavam o uso desses recursos consistiam em um emaranhado de regras costumeiras, que necessitavam de constante esclarecimento (SILVA, 2015, p. 23). Para os fins do objetivo aqui perquirido, os movimentos de apropriação dos mares cujas menções são importantes iniciam-se com a expansão marítima da Europa no período da baixa Idade Média. Como reação à tentativa de Portugal e da Espanha de dominar os mares por meio do Tratado de Tordesilhas, Hugo Grotius publicou o livro *De Mare Liberum*, sob encomenda da Companhia Holandesa das Índias Ocidentais. Nesse livro, o autor defendia a impossibilidade de apropriação dos mares como forma de garantir a liberdade comercial e o desenvolvimento do capitalismo e, apesar de inicialmente esse discurso ter enfrentado oposições, consolidou-se principalmente por meio da apropriação pelo Reino Unido, grande potência naval (TANAKA, 2012, p. 16-17)²⁷.

Por sua vez, Emmerich de Vattel defendia ser legítimo ao Estado tomar posse de determinadas áreas dos mares, considerando-as como parte de seu território²⁸. Assim, o princípio da soberania (*mare clausum*), base do conceito de mar territorial, contrapôs-se ao princípio da liberdade dos mares e pode ser considerado “um catalisador do desenvolvimento do Direito do Mar após a segunda Guerra Mundial” (TANAKA, 2012, 18-19).

Embora os instrumentos jurídicos que ensejaram a formação dos dois princípios tenham sido sucessivamente modificados, a dialética entre *mare liberum* e *mare clausum* persiste, conforme será possível observar no capítulo 3.

No início do século XX, entidades não governamentais, como a *International Law Association*, o *Institut de droit International* e a Faculdade de Direito de Harvard realizaram as primeiras tentativas de codificar o direito do mar, como forma de conferir maior estabilidade a essas regras. Em 1930, no contexto dos esforços para a codificação do Direito Internacional, a Liga das Nações realizou uma Conferência objetivando compilar três matérias do Direito Internacional: nacionalidade, responsabilidade internacional do Estado e águas territoriais (TANAKA, 2012, p. 20-21), porém poucos resultados jurídicos concretos advieram da conferência.

A despeito dessas preocupações iniciais com uma regulação comum dos mares e oceanos, a movimentação em torno da formação de um regime jurídico específico, de base convencional,

²⁷ Interessante observar que, ao longo de todo o livro *De mare liberum*, Grotius (2004) tem uma preocupação em estabelecer uma estreita conexão entre a liberdade de navegação e o comércio com as Índias. Logo, em seu nascedouro, esse princípio esteve ligado a interesses comerciais. E, embora seja certo que conceitos são mutáveis ao longo do tempo, é perceptível que a ligação com essa semântica foi mantida.

²⁸ Cumpre ressaltar que, conforme sustenta Tanaka, Vattel reconhecia a impossibilidade de apropriação do alto mar e aceitava o direito de passagem inocente nas águas sob jurisdição nacional (2012, p. 18).

iniciou-se a partir de dois acontecimentos políticos protagonizados pelos Estados Unidos da América em 1945. O primeiro foi a declaração do então Presidente Harry Truman proclamando que os recursos naturais do solo e do subsolo marinhos localizados em sua plataforma continental estavam sujeitos à jurisdição e controle do país. O segundo foi a proclamação que possibilitava aos Estados Unidos estabelecer na faixa de alto-mar contígua a sua costa, zonas de pesca para a preservação de espécies marinhas, o que, na prática, sujeitava a atividade de pesca nessas regiões ao controle do país (GALINDO, 2006, p. 105-106). As transformações decorrentes desses dois atos foram tamanhas que, segundo Tanaka (2012, p. 22), as proclamações de Truman devem ser consideradas marco do início de um novo desenvolvimento do Direito do Mar.

Após os sismos ocasionados por essas declarações, a Organização das Nações Unidas (ONU) convocou em 1958 a I Conferência das Nações Unidas para o Direito do Mar, que logrou aprovar quatro Convenções: (i) Convenção sobre o Mar Territorial e a Zona Contígua; (ii) Convenção sobre o Alto Mar; (iii) Convenção sobre a Pesca e a Conservação dos Recursos Vivos no Alto Mar; e (iv) Convenção sobre a Plataforma Continental. Ato contínuo, em 1960 foi convocada a II Conferência das Nações Unidas para o Direito do Mar, a qual objetivava esclarecer dois pontos que restavam inconclusos, o limite do mar territorial e o limite da zona pesqueira. No entanto, após o fim dos trabalhos, essas questões permaneceram incertas (SILVA, 2015, p. 32), (TANAKA, 2012, p. 21-24)²⁹.

Em relação à pesca, observa-se que a grande dificuldade em encontrar consensos decorria do choque de interesses entre os Estados que detinham tecnologia para navios de pesca de longa distância e os Estados costeiros que objetivavam proteger as suas respectivas indústrias pesqueiras. Por vezes, a defesa de um ou outro posicionamento não se limitava aos interesses públicos dos Estados, mas estava patrocinado por grandes empresas do setor privado. Além do vocabulário econômico, também cresciam preocupações com as alterações que os estoques começavam a apresentar e com a dificuldade em responsabilizar os Estados de bandeira que realizavam pesca no alto mar adjacente ao mar territorial (KLEIN, 2005, p. 167-169).

Nos anos seguintes, Tanaka (2012, p. 23-24) e Silva (2015, p. 37-41) esclarecem que as Convenções de 1958 foram desafiadas por novas situações como a demanda dos Estados pelo

²⁹ Nos Casos *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* e *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, foi realizada interessante retrospectiva acerca das negociações e dos impasses da II Conferência, em especial em relação à extensão do mar territorial e das zonas de pesca (ICJ, 1974). Já no caso *Fisheries (United Kingdom v. Norway)* o Tribunal formulou o critério das “linhas de base média”, a ser utilizado para calcular a linha de base —ponto de referência para calcular grande parte das zonas de planificação marinha — em costas muito acidentadas. O critério estabelecido pela Corte nesse julgamento foi cristalizado na CNUDM, art. 7.º.

controle de recursos naturais *offshore*³⁰ e o desenvolvimento de tecnologia para realizar mineração nos fundos marinhos. Também foi intensificada a preocupação com a preservação do meio ambiente marinho em razão de desastres, como o ocorrido com o navio petroleiro *SS Torrey Canyon* em 1967. Outro fato histórico e político relevante foi a mudança estrutural da comunidade internacional a partir da independência das ex-colônias, que reivindicavam uma revisão da normativa sobre os usos dos mares e oceanos, de modo a contemplar os seus interesses e particularidades.

Esse pano de fundo levou o embaixador de Malta, Arvid Pardo, a proferir o famoso discurso na Primeira Comissão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1967, conclamando uma declaração e um tratado que limitassem o uso do leito do mar e dos fundos oceânicos somente para fins pacíficos e o emprego de seus benefícios para toda a humanidade (GALINDO, 2015, p. 121-127). Assim, nascia o terceiro princípio que governa o Direito do Mar: o princípio do patrimônio comum da humanidade (TANAKA, 2012, p. 19).

As reações a esse discurso foram o mote para a convocação da III Conferência, cujos trabalhos foram iniciados em 1973 e concluídos em 1982, resultando na CNUDM, atualmente conhecida como a “Constituição dos mares”, instrumento abrangente que versa sobre praticamente todos os temas relacionados aos mares e oceanos. Outras inovações significativas na Convenção apontadas por Tanaka (2012, p. 31-32) são: *i*) a definição da extensão do mar territorial; *ii*) o estabelecimento de procedimentos compulsórios de solução de controvérsias³¹; *iii*) a criação de três novas instituições, o TIDM, a Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos (ISA) e a Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC).

Ao longo de sua história, a CNUDM sofreu duas alterações por emendas que modificaram significativamente suas disposições, o Acordo Relativo à Implementação da Parte XI³² da CNUDM, de 1994³³, e o Acordo sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de

³⁰ Nesse ínterim, ao longo da década de 40, além dos Estados Unidos, outros países, em especial da América Latina, também começaram a reivindicar direitos em relação às respectivas plataformas continentais, a exemplo da Argentina, México, Panamá, Chile, Peru, Nicarágua, Guatemala e Brasil (GALINDO, 2015, p. 18-19), (LONGO, 2014, p. 70) e (RANGEL, 2014, p. 469-470).

³¹ De acordo com a redação do artigo 287 da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, cuja entrada em vigor no Brasil deu-se por meio do Decreto n.º 1.530/1995, ao assinar ou ratificar a Convenção, ou a qualquer momento, um Estado pode escolher, por meio de declaração escrita, um ou mais de um dos seguintes meios de solução de controvérsias: a) o TIDM; b) a CIJ; c) um Tribunal Arbitral, constituído conforme disposto no anexo VII da convenção; d) um Tribunal Arbitral especial, constituído segundo previsto no anexo VIII. Se houver divergência entre as partes no que se refere ao meio de solução de controvérsias a ser acionado, o caso deve ser submetido à arbitragem prevista no anexo VII (BRASIL, 1995).

³² Galindo (2006, p. 332) ressalta que o Acordo Relativo à Implementação da parte XI não foi tecnicamente uma emenda, mas um novo acordo aprovado por meio de uma resolução da Assembleia-Geral das Nações Unidas — tal como ocorreu com o Protocolo de 1967 à Convenção sobre o estatuto dos refugiados de 1951 — visando impossibilitar a convocação de uma IV Conferência. O cuidado em não utilizar a terminologia “emenda”, mas “acordo de implementação” decorreu do desejo de não confrontar os países que “mantinham uma visão ideológica

Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios (FSA) de 1995³⁴. O primeiro foi essencial para garantir a universalidade da CNUDM, uma vez que muitos países industrializados não a haviam ratificado, pois se opunham ao regime estabelecido em relação à exploração e ao aproveitamento dos recursos da Área (GALINDO, 2006). É possível afirmar, então, que esse acordo realizou importantes mudanças nos princípios basilares do regime, em especial no princípio do patrimônio comum da humanidade. Já o segundo aprofundou temas que não lograram ser suficientemente disciplinados na CNUDM, o que será melhor descrito no capítulo 2.

Esse percurso demonstra a saída de um estado de generalização, em que a regulamentação dos mares ocorria de forma descontínua e assistemática, embebida nos costumes e no Direito Internacional Geral, para uma complexa organização em torno dessa área funcional que, hoje, envolve não somente a CNUDM, mas também outros instrumentos de *hard law* e *soft law*; procedimentos de tomada de decisão, com um complexo procedimento de solução de controvérsias e a criação de um tribunal específico para essa temática; criação de expectativas normativas; e um vocabulário com princípios e concepções próprios. Ou seja, a partir da ratificação quase universal da CNUDM³⁵, após o Acordo de 1994, entende-se que foi criado um regime específico sobre o mar³⁶.

Ressalte-se que é difícil identificar qual o principal interesse desse regime ou, utilizando a terminologia sistêmica, qual seria o código binário de funcionamento. Por um lado, as perspectivas do *mare liberum* e do *mare clausum* denotam interesses econômicos de exploração dos recursos marinhos. Em contrapartida, em alguns trechos da CNUDM, o caráter preservacionista fica evidente e o princípio do patrimônio comum da humanidade tem um viés mais conservacionista, embora não tenha buscado e não busque vedar o aproveitamento dos recursos dos fundos marinhos. De fato, como se verá adiante, essa característica dual é visível, tanto na estrutura do seu MSCS quanto nos casos sobre pesca, e será importante objeto de reflexão mais adiante.

sobre o tema da mineração dos fundos marinhos como patrimônio comum da humanidade” e não ir de encontro às disposições da CVDT que estipulam que um tratado só pode sofrer emendas após entrar em vigor.

³³ A esse respeito ver: BRASIL, 2008.

³⁴ A esse respeito ver: BRASIL, 2002.

³⁵ Atualmente 167 países ratificaram a CNUDM, o último a fazê-lo foi a Palestina em janeiro de 2015. Uma ausência relevante refere-se aos Estados Unidos da América (UN, 2015).

³⁶ Para um posicionamento que não admite o Direito do Mar como um regime, ver: CRAWFORD e NEVILL, 2015. pp. 235-260.

b) A formação do regime do Comércio Internacional

O escambo de mercadorias e a alocação dos recursos são preocupações que acompanharam a evolução do homem, assim como inúmeros foram os arranjos comerciais formados ao longo da história que necessitavam de suporte jurídico para lhes atribuir legitimidade e possibilidade de responsabilização. Por exemplo, conforme já mencionado, a defesa da liberdade dos mares realizada por Grotius, no século XVI, era intrinsecamente conectada a uma ideia de liberdade de comércio (VAN GRASSTEK, 2013, p. 06).

Desta feita, a despeito de todas as grandes teorias e propostas econômicas apresentadas ao longo da história, é necessário assumir os riscos do reducionismo e da construção histórica linear, sob pena de se distanciar do objetivo global dessa pesquisa e iniciar um novo estudo. Assim, à grosso modo, identifica-se que as raízes do atual regime do Comércio Internacional — aplicando-se o conceito mencionado acima — estão na Conferência de *Bretton Woods*, ocorrida no pós-Segunda Guerra entre os anos de 1944³⁷.

Amaral Júnior (2008, p. 14) sintetiza que a ordem econômica instituída a partir desse período baseou-se na:

Crença liberal de que o mercado é a forma mais eficiente de alocação dos bens, o aumento dos fluxos econômicos e comerciais e a construção de instituições para assegurar a realização dos fins propostos. Ela [a ordem econômica] se deu sob a égide da hegemonia norte-americana, fortalecida pela devastação do continente europeu durante a guerra. Os Estados Unidos compreenderam que o exercício da hegemonia não poderia basear-se no mero uso da força, mas requeria, além do convencimento dos demais governos às virtualidades intrínsecas à nova ordem, a aceitação de algumas reivindicações defendidas pelos países amigos. A estabilidade das relações econômicas justificava o esforço despendido para dar vida a instituições multilaterais, responsáveis por conferir legitimidade às decisões tomadas.

Sob essa perspectiva, na conferência foram delineadas três instituições: o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e a Organização Internacional do Comércio (OIC), cuja criação fora deixada para outro momento³⁸. As duas primeiras foram criadas primeiro e objetivavam evitar que o déficit externo

³⁷ VanGrasstek (2013, p. 09) apresenta antecedentes institucionais históricos de regulação do comércio, como a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Intelectual de 1883 que, posteriormente, foi incorporada ao TRIPS.

³⁸ VanGrasstek (2013, p. 10) afirma que, no pós-segunda guerra, os aliados tiveram a oportunidade de “reconstruir o mundo”, imprimindo estrutura semelhante à de seus governos internos, sob a proposta de uma “governança global” que manteria a paz. Nesse ínterim, ainda segundo o autor, criaram “a legislature (General Assembly of the United Nations), a judiciary (International Court of Justice), and a central bank (World Bank and International Monetary Fund), the architects of the post-war order established the equivalents of the ministries of agriculture (Food and Agriculture Organization), education and culture (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization), health (World Health Organization), labour (International Labour Organization)”. Nesse cenário, a OIC seria uma

dos países gerasse crises econômicas globais, além de criar mecanismos de financiamento para os países do Terceiro Mundo (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 15-16).

A fim de concluir o planejamento institucional elaborado em *Bretton Woods*, foi realizada, em 1947, uma outra conferência internacional com o objetivo de criar a OIC. Esses esforços fracassaram, devido à oposição do Senado norte-americano, que estava com receio de limitar sua soberania (BARRAL, 2004, p. 31). Paralelamente, em Genebra, vinte e três estados negociaram regras para diminuir as barreiras tarifárias e disciplinar algumas áreas do comércio. Nascia então o Acordo Geral de tarifas e Comércio (GATT) que, frise-se, não alcançara um nível institucional (VAN GRASSTÉK, 2013, p. 44).

O GATT foi concebido para cristalizar alguns princípios comerciais já utilizados de forma incipiente, como o do tratamento nacional e o da nação mais favorecida, e sua vigência seria temporária. No entanto, seu sucesso em promover a intensificação dos fluxos comerciais e a reduzir as barreiras alfandegárias garantiu-lhe institucionalização por meio da criação de um Secretariado e Diretoria-Geral. Sua efetividade decorreu também das sucessivas rodadas de negociações em que os Estados adotaram consensos sobre diversos temas afeitos ao comércio (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 18) (VAN GRASSTÉK 2013, p. 11).

Ao longo das décadas de 60 e 70, o sistema criado em *Bretton Woods* foi confrontado com diversos acontecimentos no plano econômico e político que demonstraram seu esgotamento, como, por exemplo, o aumento da inflação norte-americana, que acarretou na suspensão da conversibilidade do dólar ao ouro; a permissão da flutuação da taxa de câmbio; a crise do petróleo; e o processo de descolonização, que já havia se iniciado anteriormente, mas acentuou-se nesse período. Esse período de crise exacerbou as políticas nacionais protecionistas e a invocação dos direitos *antidumping*, o que representou um retrocesso no que se refere às liberdades comerciais alcançadas anteriormente (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 19-21).

Outro fator que demonstrava o esgotamento da estrutura do GATT/1947 era a flagrante possibilidade de *fórum shopping* decorrente da Rodada de Tóquio, haja vista que os Estados partes dos Códigos firmados nessa reunião podiam escolher entre utilizar os mecanismos de solução de controvérsias ali previstos ou os estipulados no GATT/1947 (MARCEAU, 2001, p. 1110).

espécie de ministério do comércio internacional. A esse respeito, Anghie (2004, p. 10 e 264) critica a ideia de governança global, pois ela perpetua a semântica civilizatória e colonialista dos países desenvolvidos em relação às ex-colônias recém independentes. O autor identifica que essa ideologia substituiu o Sistema de Mandatos — que caracterizou a política da Liga das Nações e constituía um grande protejo de descolonização — por um novo sistema de gerenciamento e controle, legitimado pela semântica da “ciência” e dos *experts*. Segundo ele, “The transformation of colonial territories is no longer undertaken by colonial powers seeking to further their own interests; rather, it is undertaken by a disinterested body of colonial experts intent on acquiring the knowledge of native practices, customs, psychology, native institutions and economies, not for the purpose of furthering profits but to enable them to formulate the policies necessary to ensure the proper development of native peoples. Objective, disinterested scientific knowledge, then, justifies these practices”.

Nesse cenário de desconfiança internacional, em 1986, foi convocada uma nova rodada de negociações do âmbito do GATT no Uruguai, que só foi finalizada em 1994 em Marrakesh. Entre os motivos que geraram tamanha demora para o fim das negociações, estão a polarização dos temas entre os países desenvolvidos e os do Terceiro Mundo e o cenário político a partir da queda do muro de Berlim (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 19-21 e 50-51). Aos poucos, essas negociações se transformaram na oportunidade para redesenhar o cenário internacional a partir da convergência dos fatores político — fim da Guerra Fria; econômico — Consenso de Washington -; e jurídico — emergência de uma nova ordem mundial embasada no *rule of law* (VAN GRASSTEK, 2013, p. 34).

Os limites da fraca estrutura do GATT para regular o comércio internacional eram um ponto de consenso entre os participantes, porém existiam divergências sobre como superá-los. Alguns preferiam uma estrutura mais flexível, adequada à “natureza política inerente dos acordos comerciais” (BARRAL, 2004, p. 33), ao passo que outros preferiam uma estrutura mais legalista, dotando o sistema do comércio de maior previsibilidade. O Canadá e a UE foram os primeiros a desenhar uma estrutura institucional e jurídica multilateral para comportar as regras comuns a serem estabelecidas. O Japão e os Estados Unidos eram resistentes a essa ideia. Eles temiam nova rejeição do Congresso Americano, como ocorrido com a OIC, especialmente após o relatório do Painel do GATT sobre o caso *Tuna-Dolphin*, que será analisado no capítulo 3 (VAN GRASSTEK, 2013, p. 58-63). No entanto, esses temores não se concretizaram e o Congresso Americano deu seu aval para a criação da organização.

O principal produto da Rodada do Uruguai foi a OMC. Por um lado, essa organização representou uma continuidade das políticas do GATT, pois manteve grande parte dos acordos celebrados no âmbito do GATT e de seus princípios basilares — princípio da não discriminação e a cláusula da nação mais favorecida. Por outro lado, significou uma ruptura, pois criou um sistema (ou regime) que fortaleceu a conexão entre a globalização e o comércio internacional — formado por uma organização institucional complexa, com maiores atribuições ao Diretor-Geral e caracterizado pelo ‘adensamento da juridicidade’ por meio de sistema de regras composto por grande quantidade de normas de comportamento e também normas de procedimento. Ademais, instituiu um mecanismo próprio de resolução de controvérsias, formado por uma organização em parte *perene* (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 52-54).

A polarização de opiniões foi resolvida por meio do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC) — um dos acordos que fazem parte do “pacote” compulsório da OMC — que dotou o regime de regras mais específicas, mantendo

algumas lacunas e estimulando as negociações. O ESC tem por função administrar o OSC (BARRAL, 2004, p. 33-34).

O papel institucional foi fortalecido também por meio da ampliação de temas sob competência da organização. Até então as normas versavam unicamente sobre a eliminação de barreiras alfandegárias e regulamentação do comércio de bens. A partir da nova roupagem, foram incorporados temas como serviços, investimentos, propriedade intelectual, agricultura, barreiras técnicas e fitossanitárias (VAN GRASSTEK, 2013, p. 46-47), bem como temas reflexos ao comércio, como questões ambientais e direitos humanos, conforme será melhor explorado no capítulo 2. Ademais, a OMC também tem a função de monitorar as políticas comerciais dos seus membros (BARRAL, 2004, p. 34).

Outro elemento que demonstra uma percepção diferenciada instituída pela OMC pode ser observado por meio de um comparativo entre as vinte e três “partes contratantes” do GATT/1947 — conhecidos como o “clube dos participantes”, dominado pelos Estados Unidos e Reino Unido — e os cento e vinte e oito “membros da OMC” que assinaram o GATT/1994 (WTO, *Gatt Members*)³⁹.

O denominado “direito da OMC”, àquele momento, era constituído pelo: (i) Acordo Constitutivo da OMC (GATT/1994); (ii) Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Mercadorias, (iii) Acordo Geral sobre Comércio de Serviços; (iv) Acordo sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio; (v) ESC; e (vi) Acordos Comerciais Plurilaterais. À exceção destes, todos os demais formam parte integrante da carta constitutiva da OMC e obrigam todos os membros da organização (BRASIL, 1994, art. II e apêndice 1)⁴⁰.

A OMC também enfrentou muitas críticas. Por exemplo, é questionável se a organização logrou submeter os vocabulários e os interesses comerciais ao *rule of law*, uma vez que os acordos negociados durante e após a Rodada do Uruguai foram baseados na “ambiguidade construtiva”, ou seja, temas controversos são resolvidos por meio de cláusulas compromissórias. E, em muitos casos, as diferenças só conseguem ser resolvidas pelo mecanismo de solução de controvérsias (Van Grastek 2013, p. 27). Também enfrenta críticas pela incipiente participação dos países do Terceiro Mundo na construção do regime, já que foi permitida a presença de representantes de somente trinta deles; pela pouca margem de abertura para a participação de representantes dos

³⁹ Atualmente, a organização tem cento e sessenta e dois membros e vinte e dois estados observadores (WTO, *members and observers*).

⁴⁰ A esse respeito, VanGrasstek (2013, p. 48) menciona a diferença entre a OMC e o GATT em relação à voluntariedade em aceitar os acordos: “Negotiators not only concluded a greater array of agreements in the Uruguay Round than had their predecessors, but they also changed the rules about how countries would adopt agreements. In this round, countries could no longer take the *à la carte* approach, accepting some agreements but not others. In place of the Tokyo Round’s cafeteria, the Uruguay Round produced a *fixed-price menu* for all participants”.

temas que são afetados indiretamente pelo comércio — os “*trade and...*”⁴¹; e pela ausência de transparência nos procedimentos e negociações da OMC (KEOHANE E NYE, 2001, p. 17).

A despeito das críticas, é possível observar que a partir do pós-Segunda Guerra Mundial até o fim da Rodada do Uruguai e a criação da OMC, uma ideologia neoliberal e capitalista se espalhou pelo globo, angariando muito apoio à abertura de mercados. A criação dessa mentalidade foi marcada pela constituição de um grupo específico de normas, de uma instituição centralizadora com procedimentos próprios de tomada de decisão e solução de controvérsias. Percebe-se, então, a formação de um regime, cujas regras internas foram modificadas posteriormente, em especial com a Rodada Doha, mas seus princípios basilares e sua “visão de mundo” permaneceram os mesmos.

Ocorre que as controvérsias jurídicas, como fenômeno social, não obedecem à segmentação material realizada pelos técnicos nos regimes, sendo passíveis de interpretações diversas. Logo, podem ser facilmente situadas em mais de um deles, há casos em que o próprio regime permite que mais de um meio de solução de controvérsias seja utilizado, como é o caso da CNUDM. É exatamente por essa razão que os possíveis danos ambientais decorrentes das operações da usina *MOX Plant*, em *Sellafield*, puderam ser concebidos como um problema jurídico de Direito do Mar (CNUDM), de poluição do Mar do Norte (Convenção sobre a Proteção do Meio Ambiente Marinho do Atlântico Nordeste (OSPAR)) e da União Europeia (EC/EURATOM)⁴² (ILC, 2006, p. 12). Conforme leciona Boyle (1997, pp. 44-45) “everything turns in practice not on what each case involves but on how the issues are formulated”.

⁴¹ Keohane e Nye (2001, p. 25-26) observam que a estrutura inicial do regime comercial, da qual participam somente *experts* e ministros do comércio, está esgotada. Há uma demanda para o diálogo com outros públicos, que poderia ser atendida por meio da participação de políticos com habilidade para correlacionar o tema do comércio com outras áreas e suplantam o *déficit* democrático.

⁴² O caso é emblemático para o estudo da jurisdição paralela. A empresa pública britânica *British Nuclear Fuels* (BNFL) operava a usina *Sellafield*, localizada em Cumbria, na Inglaterra, próximo à costa da Irlanda, na qual são explorados diversos recursos, entre eles o Mox — uma mistura do plutônio extraído de combustíveis nucleares e do dióxido de urânio. Em 1995, a empresa decidiu abrir uma usina com capacidade de produção de Mox muito acima da até então existente. Em 2001, a Inglaterra concedeu a licença, após cumpridos procedimentos de consultas públicas e o recebimento de dois relatórios científicos, argumentando que a usina seria “economicamente justificável”. Insatisfeita com o empreendimento, argumentando ainda não haver dados conclusivos sobre a ameaça ao meio ambiente, a Irlanda solicitou a formação de um procedimento arbitral no âmbito da Convenção de OSPAR, a fim de obter todas as informações necessárias para avaliar o grau de risco que o projeto representava para o meio ambiente. Diante da iminência do início das atividades na usina, pois o governo britânico manteve sua posição perante o Tribunal Arbitral de autorizar o funcionamento da empresa, a Irlanda solicitou a formação de um Tribunal Arbitral no âmbito da CNUDM, no qual solicitava a realização de um estudo de impacto ambiental conjunto e a expedição de medidas cautelares, a fim de evitar o início das atividades da nova usina. O TIDM declarou-se competente *prima facie* e expediu medidas provisórias ordenando as partes a cooperarem para entrar em acordo a respeito da emissão dos dejetos da empresa. Em 2003, a União Europeia argumentou que a Irlanda havia agido com má-fé, já que deveria ter solucionado os conflitos pelos mecanismos previsto no regime comunitário, em especial o Tratado EURATOM, e, conseqüentemente, ingressaram com um procedimento no Tribunal de Justiça da União Europeia. O Tribunal Arbitral constituído com base na CNUDM decidiu suspender o procedimento até a manifestação da CJUE sobre sua jurisdição, o que de fato ocorreu. O Tribunal Arbitral da OSPAR entendeu que o Reino Unido não havia violado suas obrigações relativas ao dever de fornecer informações. O Tribunal de Justiça da

As tensões geradas nos internacionalistas pela possibilidade de multiplicação de situações como as do caso *Mox Plant*, em que o Direito Internacional é instrumentalizado por interesses políticos, geraram muitos estudos na CDI, inclusive o relatório citado anteriormente, e uma farta elaboração doutrinária que vai além da sugestão de constitucionalização do Direito Internacional ou do estabelecimento de uma hierarquia entre os tribunais internacionais para a proposição de técnicas de “convivência” entre os regimes. Desta feita, no próximo tópico explorar-se-á algumas das possibilidades apontadas como forma de harmonizar o Direito Internacional.

1.2 Do isolamento à coexistência (e à cooperação?): formas de comunicação entre os regimes

Diante da impossibilidade de negar a fragmentação do Direito Internacional — a formação de regimes e a multiplicação de tribunais internacionais — e da inviabilidade de instituir uma hierarquia no sistema jurídico internacional, a atual estrutura do cenário internacional pode ser visualizada como um emaranhado de regimes, embebidos em um substrato representado pelo Direito Internacional geral.

Cumpra então identificar qual o nível de porosidade dos regimes especiais às normas gerais e se existem intersecções entre os regimes especiais; caso a resposta seja positiva, cabe sinalizar como ocorrem essas formas de cooperação. Saliente-se que até mesmo o não reconhecimento do outro é entendido como uma forma de interação, talvez um ponto extremo cuja face de Janus seria a dominação ou, talvez, a cooptação.

Estudos anteriores sobre o tema comprovam que a prática dos tribunais no “momento do direito”⁴³ é avessa a ambos os polos dessa relação, que poderia levar à negação ou à indiferença dos regimes (CRAWFORD E NEVILL, 2015, pp. 250-251). Desta feita, entre as formas de comunicação contidas entre esses vértices, explanar-se-á sobre as ferramentas de interpretação do conflito entre normas do Direito Internacional elaboradas pela CDI no relatório e, em seguida, serão apresentadas outras formas de interação identificadas pela doutrina internacionalista. O propósito de enunciar essas formas de comunicação é utilizá-las como ferramenta de análise no capítulo 3, a fim de aplicá-las aos julgamentos do TIDM e do OSC sobre o tema da pesca.

União Europeia, por sua vez, entendeu que a Irlanda havia agido de má-fé, violando sua obrigação referente à jurisdição exclusiva interna. Para análises sofisticadas do caso ver MALJEAN-DUBOIS e MARTIN, 2007; LAVRANOS, 2006.

⁴³ Tradução livre para o termo “*moment of law*” definido por Crawford e Nevill (2015, p. 253) como: “The moment of law resides in the avoidance by tribunals of both conflict and zero-sum outcomes that would either deny or disregard the regimes or rules in conflict or fail to achieve the purpose of litigation, that of resolving disputes peacefully”.

1.2.1 As ferramentas de interpretação desenvolvidas pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

O relatório com os resultados auferidos pelo grupo de estudo CDI reconheceu a fragilidade da hierarquia do sistema jurídico internacional e recomendou o uso de ferramentas principiológicas⁴⁴ na interpretação de conflitos normativos⁴⁵. Segundo a CDI, tais técnicas estão contidas no artigo 31(3)(c) CVDT e podem ser inferidas das seguintes relações de supremacia: *i) lex specialis; ii) lex posterior; iii) lex superior* (ILC, 2006).

Assinala-se que um método utilizado em alguns casos, antes mesmo de aplicar essas técnicas, é a cooperação — utilizada por eles em sentido diverso do aqui proposto —, segundo a qual as partes acordam um meio termo para por fim ao conflito, isto é, criam um *jus non dispositivum*⁴⁶ (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004, p. 1039). Observa-se que, nessa situação, o acordo é alcançado de modo informal, inexistindo a participação de uma instituição estruturada sob a forma de tribunal, com decisões vinculantes, mesmo que exista o auxílio de uma terceira parte (ILC, 2006, pp. 27-28).

Outrossim, importante destacar que, antes de utilizar as ferramentas recomendadas, existem princípios e disposições contidas na CVDT que devem nortear a interpretação de todas as normas do Direito Internacional, não somente nos casos de conflitos, mas também na implementação das obrigações convencionais, como o *pacta sunt servanda*, a boa-fé, a interpretação conforme o sentido literal dos termos e a interpretação teleológica, à luz dos objetivos e finalidades da convenção. O sentido dos termos pode ser elucidado nos trabalhos preparatórios ou por meio das circunstâncias de conclusão do acordo (Brasil, 2009) (ILC, 2006, p. 40).

Já a máxima de que *(i)* “lei especial derroga lei geral” não está expressamente prevista na CVDT, embora seja amplamente aceita no Direito Interno e no Direito Internacional. A CDI identificou três formas de conflitos que podem ser elucidados por meio dessa ferramenta: *(i.1)* divergência entre a lei geral e um entendimento particular, pouco ortodoxo da lei geral; *(i.2)* divergência entre a lei geral e uma regra que se advoga ser uma exceção a ele; *(i.3)* e conflitos entre duas leis especiais (ILC, 2006, pp. 34-65).

⁴⁴ Tradução livre para o termo *tool-box of principles*.

⁴⁵ O relatório do grupo de estudos entende conflito normativo como: “a situation where two rules or principles suggest different ways of dealing with a problem” (ILC, 2006, p. 19).

⁴⁶ É possível inferir que Fischer-Lescano e Teubner (2004, p. 1037-ss) identificam esse conceito como normas adotadas por consenso, não vinculante e com efeitos só entre as partes. Segundo os autores, esse tipo de negociação seria capaz de criar gramáticas comuns, embora parciais e momentâneas — essa seria a base das heterarquias propostas por eles.

O conflito entre lei geral e entendimento particular foi ilustrado pela divergência de interpretação entre a CIJ e o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia sobre o critério de controle exercido por um terceiro Estado às forças paramilitares para configurar um conflito armado internacional. Na primeira situação, foi decidido que seria necessário um “controle efetivo”, critério embasado no art. 8 do projeto de artigos da CDI sobre Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos, segundo o qual é preciso comprovar que os agentes que cometeram os atos agiram sob a instrução ou a direção ou o controle do Estado, situação não identificada pela CIJ. No segundo caso, o Tribunal *ad hoc* utilizou o critério do “controle geral”, que é mais genérico e requer a comprovação de que os grupos organizados recebiam alguma forma de apoio do Estado, como financiamento, armamento, informações, treinamento, etc. (ILC, 2006, pp. 34-65).

A divergência entre lei geral e uma exceção a ela foi retratada com o caso *Belilos*, em que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) revogou uma reserva realizada pela Suíça no instrumento de ratificação da convenção, pois, como exceção ao que ocorre no sistema geral, no regime de direitos humanos seria necessária a aceitação total do instrumento. O conflito entre duas leis especiais foi exemplificado por meio do caso *Beef Hormones*⁴⁷, em que a OMC foi instada a aplicar o princípio da precaução no regime do Comércio Internacional. Na ocasião, posicionou-se sobre a não aplicabilidade vinculante do princípio, embora tenha reconhecido sua importância para o Direito Ambiental Internacional (ILC, 2006, pp. 31-34), manifestação que será melhor desenvolvida nos próximos capítulos.

Após verificar a aceitabilidade dessa técnica de interpretação na literatura internacionalista — em especial, analisando o art. 55 da Proposta de Artigos sobre Responsabilidade do Estado da CDI — e em alguns casos considerados de difícil resolução, foi demonstrado ser possível utilizar o princípio da especialidade no Direito Internacional como ferramenta para resolver os conflitos normativos. No entanto, a utilização não deve ocorrer de modo uniforme, mas considerando a capacidade que a lei especial tem de refletir a vontade do Estado, com sensibilidade ao contexto do caso, à concretude e à clareza da decisão, à natureza e ao objetivo da norma cuja aplicação será afastada, modificada ou atualizada. Ademais, a lei especial não poderá derogar ou afastar a aplicação de determinadas normas como as *jus cogens* e as de direitos humanos que sejam mais benéficas (ILC, 2006, pp. 34-65).

⁴⁷ O conflito decorreu de medida, imposta pela Comunidade Europeia, proibitiva da importação de carnes tratadas com determinados hormônios indutivos do crescimento, provenientes dos Estados Unidos e Canadá. Ao final, a medida imposta pela CE foi considerada inconsistente em relação às disposições do acordo sobre barreiras sanitárias e fitossanitárias (SPS), tanto pelo Painel quanto pelo OA, muito embora este tenha divergido de alguns entendimentos daquele, notadamente em relação ao ônus da prova (WTO, 2015, p. 13).

A relação entre lei posterior e lei anterior (*ii*) como ferramenta interpretativa é expressa no art. 30(3) da VCDT. Segundo esse dispositivo, a interpretação de tratados entre as partes em conflito considerará acordos posteriores relativos à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições, práticas subsequentes que demonstrem a concordância entre as partes da interpretação convencional e as demais regras pertinentes ao Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes⁴⁸ (BRASIL, 2009).

Na análise da aplicação desse princípio na prática dos Estados, foi construída uma tipologia das cláusulas que indicam expressamente compatibilidade ou incompatibilidade temporal com outras normas. Essa classificação inclui *ii.1*) situações em que uma cláusula estende a influência do tratado em relação à prática legislativa futura e proíbe que regras posteriores venham a afastar sua aplicação; *ii.2*) situações em que a convenção requeira futuras modificações; *ii.3*) cláusulas que mencionem não afetar outras disposições anteriores; *ii.4*) cláusulas de tratado posterior que prevejam substituir uma norma somente entre determinadas partes; *ii.5*) cláusulas de tratado posterior que revoguem tratado anterior; *ii.6*) cláusulas de tratado posterior que denotem compatibilidade com documentos anteriores; *ii.7*) cláusulas que estipulem que acordos futuros revogarão tratados anteriores (ILC, 2006, p. 137). Ao final do estudo, em relação a esse aspecto, foi identificado que existe aceitação sobre sua utilização como ferramenta na solução de conflitos normativos. Foi ressaltado novamente que sua aplicação não ocorre de forma rígida, devendo ser ponderada a adequação desse recurso, caso a caso, a fim de evitar, por exemplo, que sua utilização inviabilize a consecução do objeto e da finalidade do tratado anterior, situação já expressamente evitada no artigo 41 da CVDT (ILC, 2006, p. 165-166). Embora inexista uma hierarquia vertical rígida no sistema internacional, diferentemente do que ocorre no Direito Interno, há algumas hipóteses excepcionais de normas consideradas superiores às demais (*iii*). A CDI identificou três principais situações em que a relação de hierarquia é amplamente aceita: (*iii.1*) *jus cogens*, (*iii.2*) obrigações *erga omnes* e (*iii.3*) artigo 103 da Carta das Nações Unidas.

A construção da ideia de uma categoria de normas internacionais peremptórias, cujo teor seja impassível de derrogação ao longo de tempo pela simples vontade dos Estados, é anterior ao nascimento do Direito Internacional moderno e se perpetua na ordem internacional atual com relativa aceitação entre os países (ILC, 2006, p. 182). Nesse contexto, atualmente, a definição de *jus cogens* e seu posicionamento hierárquico superior estão cristalizados nos artigos 53, 64 e 71(1) da CVDT, que têm as seguintes redações:

⁴⁸ O dever de considerar quaisquer regras de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes foi identificado pela CDI como o princípio da “integração sistêmica”; este, por sua vez, possui um papel fundamental na estrutura interpretativa desenvolvida no relatório (ILC, 2006, pp. 208 e 213-244).

Artigo 53
Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito
Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Artigo 64
Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de
Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Artigo 71
Consequências da Nulidade de um Tratado em Conflito com uma Norma
Imperativa de Direito Internacional Geral

1. No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a:
 - a) eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e
 - b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral.
- (BRASIL, 2009)

Embora tais dispositivos não gerem dúvidas em relação ao posicionamento superior das normas consideradas *jus cogens*, inclusive gerando a nulidade de qualquer tratado que se contraponha a elas, as maiores críticas que cercam esse instituto referem-se à incerteza sobre quais normas integram o grupo e quais os critérios utilizáveis para identificar uma norma com tal envergadura. Apesar de os internacionalistas já terem se debruçado muito sobre o tema, poucas certezas foram estabilizadas, inclusive, entende-se que uma das razões pelas quais esse instituto é bastante aceito é, exatamente, a ausência de critérios rígidos para sua definição e a dificuldade de classificação de uma norma dentro desse grupo, já que imposições hierárquicas no sistema internacional atritam com o princípio da soberania, gerando desconfortos.

Nesse contexto, são citadas no relatório como normas amplamente reconhecidas como parte desse conjunto: a) a proibição à agressão; b) o direito à legítima defesa; c) a proibição ao genocídio; d) a proibição à tortura; e) os crimes contra a humanidade; f) a proibição à escravidão e ao trabalho forçado; g) a proibição à pirataria; h) a proibição à discriminação racial e ao

apartheid; e i) proibição a hostilidades direcionadas a populações civis (“regras fundamentais do direito humanitário”) (ILC, 2006, p. 189).

As obrigações *erga omnes*, por sua vez, não são caracterizadas por sua superioridade, mas pela extensão de seus efeitos, que são aplicáveis a toda comunidade internacional. De acordo com o relatório, as principais situações em que é verificável que o reconhecimento da aplicabilidade das normas a toda comunidade com grande aceitação entre os Estados ocorre nos casos de normas já reconhecidas como *jus cogens*, em que se evidencia um “interesse comum”, logo, uma vinculação de toda a comunidade internacional (ILC, 2006, pp. 193-195). Um caso emblemático sobre o tema foi o *Barcelona Traction*, em que a CIJ reconheceu existirem diferentes tipos de obrigações no Direito Internacional; no caso daquelas contraídas perante toda a comunidade internacional, a aplicabilidade é universal, ao passo que as obrigações cujos efeitos são limitados às partes, possuem aplicação restrita (ILC, 2006, 196).

O art. 103 da Carta das Nações Unidas estabelece a prevalência das obrigações contraídas perante este documento em relação às contraídas em outros acordos internacionais⁴⁹. Ressalta-se que o dispositivo não estipula uma prioridade da Carta, mas das obrigações assumidas com base nela. Logo, tanto os direitos e as obrigações nela contidos quanto as resultantes de decisões vinculantes adotadas pelos órgãos da Nações Unidas, inclusive as do Conselho de Segurança, estão contidos na classificação de prevalência, excetuando-se as normas *jus cogens*. Não se trata especificamente da criação de uma hierarquia, no sentido estrito da palavra, pois a norma não determina a invalidação ou a nulidade de outra, mas somente sua prevalência em determinado contexto concreto (ILC, 2006, p. 166-180).

Entre as situações de difícil solução apresentadas, cumpre mencionar a hipótese de obrigações conflitantes com as assumidas perante a Carta das Nações Unidas contraídas por Estados não membros. Para os que defendem que a Carta é a constituição mundial, o posicionamento superior dela deve ser aplicado, inclusive, para os não membros. Os que rechaçam a constitucionalização apontam que o art. 30(1) da CVDI, ao fazer menção ao art. 103 supracitado, reconhece a prevalência dessas obrigações, logo, como a CVDI é entendida por alguns como parte do costume internacional⁵⁰, esse entendimento vincularia a todos os Estados (ILC, 2006, p. 173-175)⁵¹.

⁴⁹ “Artigo 103. No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta” (Brasil, 1945).

⁵⁰ Como será verificado adiante, há concordância em relação aos artigos 31 a 33 VCDI, no entanto, há divergências em relação ao *status* do resto da Convenção como costume internacional.

⁵¹ Conforme será demonstrado no capítulo 3, os Tribunais analisados reconhecem, pelo menos, os arts. 31 a 33 da CVDI como normas costumeiras.

Tal ferramenta tem sido utilizada mais recorrentemente pelo Conselho de Segurança da ONU que defende a prevalência de suas resoluções, inclusive em relação a contratos privados e outros documentos não vinculados aos Estados (ILC, 2006, p. 168-170). Situação emblemática para demonstrar que o discurso de unidade e hierarquia guarda estratégias de poder que, nesse caso, extrapolam o ordenamento internacional e se expandem a redes transnacionais, cujos centros de poder estão localizados na periferia do sistema (TEUBNER, 2010, p. 334).

As ferramentas estabelecidas pela CDI no relatório do grupo de trabalhos são muito importantes para a interpretação de conflitos entre normas no Direito Internacional, inclusive por terem sido construídas a partir de um vasto exame da prática dos tribunais. No entanto, são limitadas, a um, porque não ultrapassam a clássica fórmula positivista para a solução de antinomias entre normas, ou seja, partem do pressuposto de que não pode existir conflitos irreconciliáveis no Direito Internacional, bastando aplicar-se técnicas de interpretação. A dois, porque omitem que os conflitos podem ocorrer em distintos níveis — como, por exemplo, pela fragmentação de um conflito em vários tribunais, cada qual julgando de acordo com sua especialidade e baseando-se em acordos distintos; pela existência de cláusulas compromissórias, que vinculam determinado conflito a um tribunal; pela deferência maior ou menor à aplicação de outros acordos que cada tribunal permite— gerando complexidades que as técnicas de interpretação não conseguem alcançar. A três, pois se concentram na solução de conflitos normativos dentro de um mesmo órgão de solução de controvérsias, olvidando que a existência de um conflito não é condição para que a interação ocorra e que diálogos possam ser estabelecidos entre tribunais ou em outros âmbitos⁵², inclusive incorporando novos atores, como as empresas transnacionais e as organizações não governamentais, e transversalmente por meio de *soft law* ou da construção de vocabulários conceituais comuns, como memorandos de entendimentos⁵³.

Nesse ínterim, no subtópico seguinte abordar-se-á possibilidades de comunicação entre regimes não identificadas pela Comissão de Direito Internacional, em que não necessariamente deve haver a invalidade de uma norma para a aplicação de outra.

⁵² Em interessante pesquisa, Young (2013, p. 91) analisa a interação entre regimes sobre a pesca em três níveis distintos: a elaboração normativa, sua implementação e o julgamento.

⁵³ As mesmas críticas são aplicáveis às regras propostas por Varella (2014, p. 327) para a solução de conflitos entre regimes (ou subsistema, como o autor os denomina). São elas: a) “se as normas em conflito são do mesmo subsistema jurídico, aplicam-se as regras tradicionais de hermenêutica; b) e as normas em conflito são de subsistemas jurídicos distintos, vale a norma do sistema jurídico ao qual pertence a Corte. Assim, uma norma da OMC prevalece sobre uma norma ambiental, quando o caso se desenvolve na OMC, por exemplo; c) se as normas são de subsistemas distintos e não são antagônicas, elas podem ser aplicadas em conjunto”.

1.2.2 Outras formas de comunicação entre os regimes

A partir do retorno do interesse dos internacionalistas para o estudo dos regimes, conectando-os à fragmentação e pulverizando as fronteiras entre as relações internacionais, o Direito e a ciência política, um corpo de acadêmicos especificamente voltado para a análise da interação entre os regimes, foi constituído⁵⁴.

Após a conclusão dos trabalhos da CDI sobre a fragmentação do Direito Internacional, muito apontaram as limitações do documento, pois foram desconsideradas outras formas de comunicação entre os regimes⁵⁵. Segundo Trevis (2009, p. 231-232), a escolha da CDI em abordar somente os conflitos normativos não foi um acaso, mas decorreu de uma alternativa voltada para evitar embates políticos com outras instituições, que a acusaria de realizar uma competição por mais atribuições e poder. Nesse contexto, destacar-se-ão outras formas de visualizar a interação entre os regimes apontadas pela literatura, com ênfase na: *i*) interpretação *cross-regime*⁵⁶; e na *ii*) interpretação *mainstreaming*⁵⁷.

O primeiro exemplo são as nove técnicas de solução de conflitos propostas por Crawford e Nevill (2015, pp. 237-246) a partir da prática dos tribunais internacionais. São elas:

⁵⁴ Entre os projetos de destaque cumpre mencionar o *Project on International Courts and Tribunal* (PiCT), fundado em 1997 como uma plataforma de cooperação acadêmica entre pesquisadores do Centro de Cooperação Internacional (CIC, sigla em inglês), da Universidade de Nova York, e a Fundação Internacional para o Direito Ambiental e o Desenvolvimento (FIELD), substituído pelo Centro para Cortes e Tribunais Internacionais da *University College London*. Dele fazem parte juristas de renome, como Philippe Sands, Thordis Ingadottir, Ruth Mackenzie, Cesare Romano, Yuval Shany, Georges Abi-Saab, Bruno Simma, Nina Vajic, Allan Rosas, Tullio Treves, Laurence Boisson de Chazournes, Eduardo Valencia Ospina e Monica Pinto (cf.: <http://www.pict-pecti.org/index.html>). A Oxford University Press, visualizando o crescente interesse no tema, publicou uma série de livros sobre a temática da multiplicação de tribunais internacionais, a *International Courts and Tribunals Series* (cf. <https://global.oup.com/academic/content/series/i/international-courts-and-tribunals-series-icts/?cc=us&lang=en&>).

⁵⁵ Na verdade, o próprio presidente do grupo de estudo admitiu que a fragmentação do Direito Internacional gera problemas institucionais e substantivos, embora o documento tenha centrado esforços somente na análise destes, como a formação de leis especiais, tratados-regimes, agrupamentos funcionais de normas, ramos específicos do Direito Internacional e sua relação com o Direito Internacional geral (ILC, 2006, p. 247). Em outra ocasião, Koskenniemi (2007, p. 15) afirma que, apesar de a CDI haver identificado que nenhum regime é autônomo em relação ao Direito Internacional geral, ela não indicou se, nos casos de conflitos, o regime especializado deveria ser entendido como uma exceção ou uma aplicação do Direito geral.

⁵⁶ Avaliou-se que a tradução literal do termo (interpretação entre regimes) não poderia ser utilizada, pois há uma perda semântica.

⁵⁷ Avaliou-se que nenhuma das traduções disponíveis do termo conseguiria manter a carga semântica do original em inglês.

- a) ‘O princípio do mandato exclusivo’
- b) O princípio de ‘cada um por si’: dois tribunais na corrida para o julgamento da mesma controvérsia;
- c) Usar um tratado como uma ‘porta de entrada’ para o direito internacional geral: a presunção de competência genérica;
- d) Uma interpretação restritiva da ‘disputa’ para os efeitos de um tratado;
- e) O princípio da deferência à competência especial;
- f) Cláusulas de jurisdição exclusiva prevalecem sobre cláusulas jurisdicionais gerais como *lex specialis*: o princípio do *foro* especialmente escolhido;
- g) A prioridade do Tribunal escolhido primeiro: o princípio da prioridade no tempo;
- h) Mandatos jurisdicionais prevalecem em momento posterior: o princípio da *lex posterior*;
- i) Um mandato para não ter jurisdição prevalece sobre um mandato para ter jurisdição: o princípio do *opt-out*.
(tradução livre)

Para os autores, o comportamento dos tribunais evita negar ou ignorar os demais regimes, de forma a alcançar a solução pacífica dos litígios. Não existe uma ordem de preferência ou hierarquia entre as técnicas, o cliente defendido e o momento do direito no caso concreto determinarão qual será a ordem mais conveniente (CRAWFORD E NEVILL, 2015, p. 236-237). Embora o enfoque do estudo empreendido nos próximos capítulos não tenha por objetivo primordial aplicar tais técnicas — principalmente porque algumas se assemelham às dispostas no relatório da CDI e outras tem aplicação tão restrita que dificilmente seriam imagináveis no contexto da pesca — as considerações realizadas servirão de norte. Em especial, no que se refere ao enfoque da análise do momento do Direito e a constatação de que tribunais que tenham jurisdição limitada a um tratado específico interpretam os conflitos de forma particular e restritiva, o que ocorreu no caso *Southern Bluefin Tuna*, por exemplo.

Menezes (2013, pp. 351-363) também propõe algumas ferramentas para a prevenção e resolução de conflitos de competência entre Tribunais Internacionais. As medidas de prevenção propostas são: (i) em alusão à proposição de Pauwelyn, a adoção de uma boa redação para os tratados internacionais, impedindo termos ambíguos; (ii) adoção de “dispositivos de incidência” que prevejam a competência de um tribunal ou disciplinem a escolha de competência em determinadas matérias; e (iii) a “institucionalização de um sistema permanente de cooperação” entre os tribunais. As medidas de resolução apresentadas são: (i) “solução de conflitos por meio da análise de tratados sucessivos”, situação disciplinada pelo art. 30, CVDT; (ii) solução de conflitos por meio da análise *ratione materiae*, situação de aplicação do princípio da especialidade, conforme proposto por Crawford e Nevill na ferramenta acima apresentada f); (iii) critério volitivo, em que as partes acordam o meio de solução de controvérsias a ser utilizado; e (iv) análise das demais fontes do Direito Internacional.

Entende-se que a mesma autocrítica realizada por Crawford e Nevill é cabível em relação a essas propostas. As ferramentas de solução de conflitos já foram discutidas no relatório da CDI, oportunidade em que se evidenciou que elas são aptas a minorar alguns conflitos, mas não suficientes para erradicá-los. As ferramentas de prevenção esbarram no fato de que, em muitos casos, a linguagem dos tratados é geral e ambígua para poder conciliar interesses diversos — situação que será evidenciada no capítulo 2 — e também na dificuldade dos tribunais e regimes em reduzir seu âmbito de aplicação, já que isso importa em restringir seu poder e influência, conforme será melhor debatido abaixo. Ademais, a norma é estruturada em um vocabulário linguístico inexato, ou seja, inevitavelmente mais de um sentido poderá ser atribuído a um termo. Por exemplo, o princípio do desenvolvimento sustentável é formado pela aglutinação dos termos desenvolvimento e sustentabilidade, os quais são abstratos e de definição imprecisa. Logo, não se entende como razoável qualquer proposta que pretenda extinguir ambiguidades e interpretações diversas.

Por sua vez, Marceau (2001) realiza sofisticada análise dos conflitos normativos e de competência na relação da OMC com os Acordos Multilaterais Ambientais (AMA) e com outros tratados, propondo algumas ferramentas para resolução desses conflitos — muitas delas coincidem com as que foram propostas por Crawford, Nevill e Menezes. Ela também propõe a adoção de mecanismos para evitar os conflitos, tais como: a utilização dos artigos 30 e 31(3)(c) para conferir coerência no sistema internacional; a utilização, quando for possível, de cláusulas de referência, como o art. 22 CBD; e a utilização das regras da *lex posterior* e *lex specialis* como regras do Direito Internacional a serem consideradas pelo OSC na interpretação de todas as normas.

Em relação aos conflitos normativos, ela entende que existem seis hipóteses de conflitos que se subdividem em dois grupos. Nesse contexto, (i) quando todas as partes do conflito são também partes das AMAs, há as seguintes possibilidades: (i.1) a medida restritiva ao comércio é requerida pela AMA, situação em que a OMC deve entender ser hipótese de aplicação do art. XX, GATT; (i.2) a medida restritiva não é requerida, mas é autorizada pela AMA, oportunidade em que a interpretação da regra da *lex specialis* pode autorizar a manutenção da medida; (i.3) a medida restritiva é adotada para promover os objetivos do acordo multilateral ambiental, circunstância em que o OSC deve realizar um balanceamento e avaliar as condições de adoção da medida a fim de identificar sua licitude. Por outro lado, (ii) quando nem todas as partes dos conflitos são partes das AMAs invocadas, existem possibilidades semelhantes, ou seja, (ii.1) a medida restritiva ao comércio é requerida pela AMA; (ii.2) a medida restritiva não é requerida, mas é autorizada pela AMA; (ii.3) a medida restritiva é adotada para promover os objetivos do acordo multilateral ambiental. No entanto, em nenhuma delas, as AMAs podem ser identificadas

como normas relevantes de aplicação entre as partes; somente poderão ser invocadas como argumentos na análise das circunstâncias fáticas da disputa (MARCEAU, 2001, p. 1097-1099)⁵⁸.

A respeito dos conflitos de competência e da sobreposição de jurisdição, Marceau (2001, pp. 1110-1113) afirma que alguns princípios e critérios devem ser utilizados, como a invocação do *forum non conveniens* e da *lis pendens*. No entanto, ela mesmo assinala a limitação desses mecanismos, pois dificilmente um tribunal entenderia não ser o foro mais adequado para julgar o caso. Ademais, a argumentação utilizada pelas partes em cada um dos regimes será diferente a fim de conseguir se adequar aos respectivos vocabulários, de modo que dificilmente seria possível arguir litispendência. Essa situação foi exatamente o que ocorreu no caso Mox Plant, em que o TIDM entendeu que as bases jurídicas e, portanto, as disputas perante o Tribunal e o meio de solução de controvérsias da Convenção OSPAR eram distintos.

Treves (2009) também propõe algumas ferramentas aptas a “atenuar” ou “diminuir a probabilidade” de conflitos entre tribunais, embora reconheça a impossibilidade de extinguir os conflitos entre regimes. A primeira ferramenta relaciona-se com o grau de abertura e a exclusividade de um tribunal na determinação do escopo de sua jurisdição à luz da existência de outras cortes. Quanto maior a abertura, mais fácil será manter um diálogo entre os regimes, principalmente no que diz respeito às normas do Direito Internacional geral; quanto maior o grau de exclusividade, mais elevada será a probabilidade de o princípio da especialidade ser alegado como forma de afastar a aplicação da norma e do entendimento geral. Por exemplo, ele cita o art. 282 do TIDM,⁵⁹ que demonstra um intenso grau de abertura a outros órgãos de solução de controvérsias. Em contrapartida, o art. 23(2) do ESC da OMC, ao impedir que outros mecanismos de solução de controvérsias julguem violações à OMC, um alto grau de exclusividade é conferido à OMC⁶⁰. A segunda ferramenta propõe a aplicação das regras e interpretações do Direito Internacional geral como forma de minorar a fragmentação possivelmente ocasionada pelas cláusulas compromissórias. Tais técnicas nortearão toda a análise dos casos empreendida a seguir, porém, como observado pelo autor, as mesmas são limitadas e não pretendem resolver todas as possibilidades de conflito.

⁵⁸ A invocação de tratados como argumento fático será melhor explorada à frente.

⁵⁹ Artigo 282. Obrigações decorrentes de acordos gerais, regionais ou bilaterais. Se os Estados Partes que são partes numa controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção tiverem ajustado, por meio de acordo geral, regional ou bilateral, ou de qualquer outra forma, em que tal controvérsia seja submetida, a pedido de qualquer das partes na mesma, a um procedimento conducente a uma decisão obrigatória, esse procedimento será aplicado em lugar do previsto na presente Parte, salvo acordo em contrário das partes na controvérsia (BRASIL, 1990).

⁶⁰ “2. Em tais casos, os membros deverão: (a) não fazer determinação de que tenha ocorrido infração, de que benefícios tenham sido anulados ou prejudicados ou de que o cumprimento de quaisquer dos objetivos de um acordo abrangido tenha sido dificultado, salvo por meio do exercício da solução de controvérsias segundo as normas e os procedimentos do presente Entendimento, e deverão fazer tal determinação consoante as conclusões contidas no relatório do grupo especial ou do órgão de Apelação adotado pelo OSC ou em um laudo arbitral elaborado segundo este Entendimento;” (BRASIL, 1994).

A pesquisa a ser desenvolvida considera tais ferramentas, porém expande sua perspectiva. Pretende-se analisar não somente os casos em que houve sobreposição de competência ou duplicidade de foros, mas também verificar outras situações de interação que ocorrem a partir da heterorreferência e da utilização de vocabulários ou *ethos* externos, mesmo que não tenha sido intencionalmente.

À luz desse entendimento, empregar-se-á a interpretação *cross-regime* proposta por Matz-Lück (2015, p. 209-211) como uma forma de evidenciar uma integração sistêmica dos regimes por meio de outras formas de comunicação, como a troca de informações entre instituições e a utilização de termos e conceitos desenvolvidos por outros regimes como guia interpretativo.

A autora ressalta que sua visão sistêmica do Direito Internacional não contradiz a lógica da especialização, mas requer a ampliação do universalismo — que não deve ser confundido com uniformidade ou mesmo com projetos de hierarquia — como forma de responder aos desafios globais (MATZ-LÜCK, 2015, pp. 210). Sob esse prisma, ela também assinala a importância crucial de um entendimento amplo do art. 31(3)(c), da CVDT, na determinação da abertura ou do fechamento de um tratado para aceitar a incorporação de “normas externas” bem como identifica diferentes situações em que a interpretação *cross-regime* pode ocorrer.

A primeira delas se dá durante a atividade de interpretação individual e unilateral das partes de um tratado que, ao analisar os direitos e as obrigações ali dispostos, possuem uma margem considerável de discricionariedade, na maioria dos casos, vinculando-se somente às regras de interpretação dos tratados contidas na CVDT. Assim, a atividade interpretativa poderá ser realizada com base nas disposições previstas em outros instrumentos ou entendimentos estabelecidos no mesmo regime ou entre regimes distintos. Um exemplo ilustrativo apresentado pela autora relaciona as possíveis diferenças de interpretações das obrigações do Acordo SPS da OMC realizadas por um Estado que também seja parte do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança e por outro Estado que não seja parte desse acordo (MATZ-LÜCK, 2015, pp. 212-214).

Há ainda a forma de interpretação denominada oficial, realizada por órgãos colegiados dos regimes, não necessariamente órgãos de solução de controvérsias. Isso ocorre quando normas externas são utilizadas para embasar argumentações das partes, situação em que se evidencia a tensão descrita por Romano (2009) — que será melhor desenvolvida abaixo — entre a possibilidade de demonstração de fraqueza do regime, ao utilizar tal norma, e a necessidade de manutenção do *modus vivendi*. Uma alternativa, segundo Matz-Lück (2015, pp. 218-224), seria a criação de regras ou entendimentos de apoio mútuo entre os regimes. Ela também destaca que, além das hipóteses em que o “apoio” entre regimes ocorre por meio do estabelecimento de uma

hierarquia momentânea entre tratados, há casos em que os órgãos plenários dos acordos aceitam e incorporam definições desenvolvidas em outros regimes ou as consideram como guias.

Young (2015b, pp. 90-91) não utiliza a tipologia de interpretação *cross-regime*, mas cita alguns exemplos interessantes que complementam a análise de Matz-Lück, como a inclusão, na OMC, da perspectiva de gerenciamento e conservação pesqueiros originária do regime do Direito do Mar, hipótese que pode ser classificada na interpretação unilateral. Há também a construção coletiva de entendimentos e *soft law* por meio da cooperação entre regimes, ilustrada pelo memorando de entendimento sobre espécies ameaçadas estabelecido entre os secretariados da CITES e da FAO.

Matz-Lück (2015, pp. 224-227) identifica ainda uma terceira forma de interpretação *cross-regime*, a mais importante para a presente pesquisa: a interpretação realizada na solução de controvérsias. Assinale-se que, aqui, é importante estabelecer a distinção entre a utilização de uma norma externa ao regime instrumentalmente como ferramenta de construção argumentativa, garantia de legitimidade e coesão do Direito Internacional, que faz parte da essência da atividade de motivação judicial; e a utilização da norma externa como guia interpretativo ou sua interpretação e apropriação diretas por regime diverso.

A utilização da norma externa como guia interpretativo ocorre bastante na OMC, em especial em relação ao art. XX⁶¹, GATT, conforme será possível observar no capítulo 3. A aplicação direta da norma estrangeira ao regime ocorre, por exemplo, na aplicação de princípio e normas específicos do regime humanitário em casos sobre direitos humanos. De fato, Matz-Lück assinala que a grande complexidade do debate sobre “*trade and the environment*” decorre da incerteza acerca da competência que um órgão com o *ethos* comercial teria para interpretar um acordo sobre meio ambiente. Para o autor, a interpretação *cross-regime* realizada por um MCSC ocorre em dois níveis: ao tempo em que a norma externa joga um novo olhar em relação ao tratado interno, ela é também apropriada pelo vocabulário do novo regime. Assim, a norma ganha significado diverso e, em alguns casos, perde a correlação com seu significado inicial. Essa situação ficará visível na análise dos casos a ser empreendida no capítulo 3⁶²(MATZ-LÜCK, 2015, pp. 226-231).

Fischer-Lescano e Teubner (2004)⁶³ propõem postulados semelhantes aos de Matz-Lück para resolver as colisões entre regimes com racionalidades distintas, apesar de utilizarem a teoria

⁶¹ No caso *Shrimp-Turtle*, a OMC entendeu que as tartarugas se enquadravam na categoria de “recursos esgotáveis” a partir da avaliação do CITES.

⁶² Outras questões surgem desse debate como, por exemplo, identificar se todas as partes do tratado a ser interpretado também precisam ser membros do tratado externo ou se somente os Estados da disputa necessitam ser partes dos dois instrumentos. Para maiores informações a esse respeito, ver MATZ-LÜCK, 2015, p. 213.

⁶³ Fischer-Lescano e Teubner (2004) preferem utilizar a terminologia “colisão” entre regimes.

dos sistemas. Para eles, os conflitos devem ser resolvidos por meio de redes, que compatibilizam momentaneamente os regimes por meio de pontos de referência comuns. Não é o caso da construção de uma gramática comum compartilhada, mas, a partir da coerência interna de cada regime, essas redes permitem que eles se observem e que construam e incorporem, em sua gramática, termos híbridos que acomodem as novas demandas sociais. Eles também utilizam a tipologia heterarquia (2004, p. 1017-1018) para designar a comunicação momentânea entre os diversos fragmentos jurídicos, a fim de resolver conflitos, que ocorrem por meio de redes do qual fazem partes diversos atores. Tais redes descentralizadas dos regimes jurídicos atuam com base em três princípios: (i) compatibilidade normativa simples ao invés de unidade hierárquica; (ii) elaboração do direito através de irritação mútua, observação e reflexividade das ordens jurídicas autônomas; (iii) modos descentralizados de enfrentar conflitos jurídicos.

Young (2013, p. 22) identifica duas formas de interação: (i) um apoio mútuo e a construção de aprendizado entre os regimes, a qual ocorre de modo informal⁶⁴, não visualizado tão facilmente e que pode ser melhor representado pela comunicação entre os secretariados, pela movimentação entre os juízes que ocuparam mais de um tribunal ou pela influência dos precedentes através dos regimes (ROMANO, 2009, p. 760); note-se que essa forma de interação assemelha-se bastante à compatibilidade normativa simples supradescrita. E (ii) uma revisão crítica entre os regimes, no qual eles selecionam da produção dos demais o que pode ser compatível com suas especificidades, o que ela assemelha ao um movimento de *cross-fertilization* e de abertura cognitiva e, ainda, ao de elaboração do direito por irritação mútua. Aponta também a existência de situações de diálogo expressamente previstas em acordos, como ilustra o art. 22, da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

Mais voltado para a interação entre regimes na perspectiva das cortes e tribunais internacionais, Cançado Trindade (2013) faz menção à construção de uma jurisprudência *cross-reference* como uma forma de diálogo entre os tribunais internacionais em um movimento de coexistência. Nesse contexto, ele cita interações em níveis distintos, como a heterorreferência entre regimes regionais, representados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela CEDH, na construção de uma “universalidade dos direitos humanos”; a heterorreferência entre regimes regionais e regime universal, a exemplo das referências que o TIDM realiza à CIJ; e entre regimes temporários e regimes perenes, como no caso da heterorreferência entre o Tribunal Penal Internacional e os tribunais penais *ad hoc*. Segundo o autor, a multiplicação de tribunais internacionais é um movimento benéfico, pois suas atuações coordenadas e harmônicas têm

⁶⁴ Cesare Romano salienta que uma análise dos diversos sistemas jurídicos existentes permite concluir que a prática dos tribunais em auto-organizar suas relações com os demais tem sido tão ou mais importante quanto documentos formais que tentam fazê-lo (ROMANO, 2009, nota 06).

proporcionado um ordenamento jurídico internacional mais coeso, além de mitigar as barreiras da soberania do Direito Internacional clássico e permitir novos arranjos, especialmente a inclusão do indivíduo.

No mesmo sentido, Romano (2009, p. 779), que desenvolve o projeto sobre cortes e tribunais internacionais citado acima (nota 55), identifica a formação de um “sistema judicial internacional”, ou seja, ao contrário da completa indiferença ou da competição entre as cortes, há um *modus vivendi* comum, em que são construídas hierarquias incipientes e momentâneas, adotadas informalmente, e até irrefletidamente, pelos tribunais. Considerando os resultados das análises empíricas desenvolvidas no projeto, ele classifica essas hierarquias da seguinte forma: (i) cortes especializadas quanto à matéria irão citar e considerar a CIJ em relação a temas do Direito Internacional geral, ao passo que a CIJ dificilmente irá realizar deferência a cortes especializadas; (ii) tribunais com competência universal hesitarão em citar cortes regionais; (iii) tribunais internacionais consideram muito pouco cortes nacionais.

Ato contínuo, Romano (2009, p. 780) posiciona-se distintamente no que diz respeito ao altruísmo dos tribunais, ao fazerem menção aos demais, no que diz respeito à harmonia na comunicação entre eles. Para o autor, o sistema jurídico internacional é assimétrico e a menção a jurisprudência e conceitos desenvolvidos por outros tribunais está envolta em uma tensão entre a necessidade de legitimar o julgado e manter a confiabilidade no sistema jurídico internacional, e a necessidade de não perder espaço de poder e influência. Como resultado dessa dualidade, o vocabulário de alguns regimes consegue se expandir com maior intensidade e ser absorvido mais facilmente, raciocínio que se assemelha à percepção da existência de regimes fortes e regimes fracos.

De forma mais analítica, a persuasão é um recurso argumentativo delicado para os tribunais internacionais, pois reconhecer que fora convencido por outro significa demonstrar fraqueza. Isso explica, por exemplo, a pouca utilização que as cortes fazem dos peritos e, mesmo quando solicitam a colaboração dos *experts*, fazem pouca deferência aos relatórios destes, haja vista que, em muitos casos, a solução da questão factual é suficiente para determinar o dispositivo, não existindo muita margem para discussões jurídicas (SCOVAZZI, 2015, p. 16)⁶⁵. Por isso, muitas vezes a heterorreferência é utilizada, racionalmente, somente para confirmar os entendimentos ou para salientar o caráter *sui generis* de um caso, quando se busca fugir de um entendimento anteriormente adotado.

⁶⁵ O argumento desenvolvido aponta o medo da perda de influência do Tribunal, e não a defesa de que as conclusões científicas de um perito estabelecerão uma verdade absoluta, incontestável ou mesmo o esquecimento de que existem divergências entre peritos.

Ocorre que, conforme salientado acima, há um diálogo informal entre os regimes, por vezes fomentado pela movimentação de diplomatas e de juízes, pela troca de informações entre os secretariados, pela incorporação de manifestações de ONGs, como *amicus curiae*, e até no próprio texto dos documentos. É exatamente nesse contexto que as crenças e os comportamentos de um regime são assimilados por outro, fenômeno denominado por Romano como aculturação⁶⁶. No entanto, ao contrário da interação *cross-regime* e da colisão entre regimes, a aculturação ocorre de forma irrefletida e a um nível ideológico mais profundo, pois as crenças do outro são incorporadas e assumidas como verdade.

Nessa perspectiva, Neves (2013, p. 218) defende que a primeira posição de Luhmann quanto à característica majoritariamente econômica — e técnico-científica — da sociedade moderna pode ser mantida do ponto de vista sistêmico. Assim, o código “ter/não ter” do sistema econômico se expande de maneira hipertrófica em relação aos sistemas político e jurídico. Aliando-se essa percepção ao movimento de aculturação supraexpostos, infere-se que, na sociedade moderna, há uma tendência de assimilação, por vezes até não racionalmente orientada, das crenças e do vocabulário econômico em detrimento de outras formas de perceber o mundo.

Uma classificação que guarda ligação com essa proposta é o gerenciamento⁶⁷, explicado por Lang (2015, p. 131) como “it is a way of producing one particular view of what constitutes a trade barrier, and transforming the view into an apparently objective description of the world-as-it-is”, e por Koskenniemi como:

Managerialism is an ideology under which the strategic leadership of an institution (or regime) is separated from its assumed beneficiaries in the belief that when a specialised elite of managerial experts carries out strategic choices, then the outcomes for the beneficiaries will be optimal. Under this view the regular staff of the institutions is responsible only to the managerial leadership and its performance is assessed by criteria set down by it – criteria only looking for the optimal result. (KOSKENNIEMI, 2015, p. 305).

Portanto, o gerenciamento diz respeito à utilização da linguagem técnica, supostamente neutralizada da política, para a consecução da eficiência e a construção de verdades universais. Nesse contexto, a organização dos temas internacionais em regimes obedece à lógica da eficiência técnica, e o próprio termo “interação entre regimes” pode ser entendido como parte do vocabulário de gerenciamento, por pregar a possibilidade de resolver problemas de governança

⁶⁶ Utiliza-se a terminologia empregada por Romano e primeiramente desenvolvida por Ryan Goodman e Derek Jinks, em *International Law and State Socialization: Conceptual, Empirical and Normative Challenge*. Segundo estes, citados por aquele, aculturação é ‘the process by which actors adopt the beliefs and behavioral patterns of the surrounding culture, without actively assessing either the merits of those beliefs and behaviors or the material costs and benefits of conforming to them’ (ROMANO, 2009, nota 18).

⁶⁷ Tradução livre para o termo *management*.

global por meios econômicos e/ou técnicos, omitindo os interesses políticos envolvidos em cada regime (KOSKENNIEMI, 2015, p. 305).

Nesse ínterim, em relação ao Direito do Mar, por exemplo, é possível afirmar que a criação do TIDM foi mais norteadada por questões políticas do que por aspectos técnicos. Além da controversa hipótese mencionada acima —como um desdobramento da inefetividade das opiniões consultivas dos casos do Sudoeste da África —, Boyle (1997, p. 40) dispõe que durante as negociações da III Conferência das Nações Unidas para o Direito do Mar, doravante chamada de III Conferência, vários países em desenvolvimento e alguns países do suposto ocidente, como a França, negaram-se a aceitar a CIJ como meio compulsório de solução de controvérsias, embora tenham se mostrado favoráveis a um tribunal especial para a matéria. Portanto, a concepção do TIDM esteve diretamente conectada à tentativa de romper com a jurisprudência da CIJ e não (somente) com a necessidade de um tribunal mais eficiente e sensível à proteção dos recursos naturais, o que não invalida que o TIDM tenha assumido ou venha a assumir uma postura protetiva posteriormente.

No caso do comércio internacional, além do já mencionado exemplo de Lang sobre como o conceito de barreiras ao comércio foi modificado de acordo com interesses de elites e não com base em critérios puramente técnicos, Kehoane (2001) ressalta que a Rodada da Uruguai seguiu uma lógica política própria em que as empresas multinacionais, favoráveis à liberalização do comércio, impuseram seus interesses em relação aos grupos favoráveis a medidas protecionistas.

Ao lado do gerenciamento, Koskenniemi (2015, p. 311) utiliza a categoria gramsciniana de “hegemonia” como ferramenta conceitual interessante para analisar a irreduzível natureza política da tensão entre coordenação/integração e competição/separação existente na movimentação dos regimes. Segundo o autor, estratégias hegemônicas não são características somente da estruturação internacional em regimes, na verdade, o Direito Internacional sempre foi permeado por conceitos e máximas hegemônicas como “valores universais”, “civilização”, “desenvolvimento”, “progresso”, “humanidade”⁶⁸, que utilizam a pretensa imparcialidade e neutralidade jurídica para afastar os valores políticos existentes. A esse respeito, ao comentar colocações de Cassese, Simma e Paulus sobre os efeitos da aceitação quase universal da Carta das NU, Koskenniemi, ironicamente, afirma que:

⁶⁸ Para uma crítica aos usos do conceito de humanidade na III Conferência, ver GALINDO (2006).

The world is finally being organised by a law based on something grander than archaic forms of diplomacy: universal values are overriding the political wills of States. This is often discussed in terms of constitutional principles, the assumption the international community will organise itself analogously to the domestic one, as a vertically constraining system of law manifested in notions such as jus cogens or universal jurisdiction over crimes against humanity. (KOSKENNIEMI, 2004, p. 02).

Desta feita, com base nessa ferramenta, ele afirma ser impossível regular a interação entre regimes, pois ela não ocorre com base em procedimentos unicamente racionais e técnicos; não há uma “rede de juízes” ou uma “comunidade de cortes” que funciona por meio de um “diálogo transjudicial”⁶⁹. Talvez seja por isso que as reuniões de Luxemburgo (2002), de Manágua (2007) e de Estrasburgo (2008), em que vários representantes de tribunais internacionais discutiram mecanismos de cooperação, não resultaram em êxitos concretos.

Ao contrário da tradição kantiana, a hegemonia pressupõe a centralidade dos discursos de poder no direito (FISCHER-LESCANO; BUCKEL, 2009, p. 439) e o uso de estratégias universalizantes como forma de legitimar e neutralizar os discursos, ou seja, os regimes hegemônicos tentam fazer com que seus pontos de vista e interesses específicos sejam percebidos como o vocabulário e os interesses gerais, uma “mentalidade compartilhada” (KOSKENNIEMI, 2015, p. 315), uma visão de mundo refletida em todas as expressões ‘moleculares’ e coletivas da vida (FISCHER-LESCANO; BUCKEL, 2009, p. 442). Aquele que logra esse feito ocupa o lugar neutro da normalidade, que não será determinante somente em situações excepcionais.

Como a estrutura dos regimes não está baseada na semântica da soberania, mas sim gira em torno de semânticas funcionais diversas, as estratégias hegemônicas podem ocorrer de forma transversal. Isso ocorre quando, por exemplo, *experts*, a exemplo de grupos especializados em segurança, *lobbies* de empresas ou do setor ambiental — intervêm nos Estados, transferindo seus interesses particulares para a entidade estatal, como forma de alcançar recursos (fundos governamentais) e ingerência em fóruns acessíveis somente aos Estados (instituições intergovernamentais) Koskenniemi (2015, p. 314)⁷⁰.

Desta feita, com base na contribuição da teoria dos sistemas, Koskenniemi (2015, p. 318) conclui que:

⁶⁹ A ideia de “comunidades de cortes” foi desenvolvida por Slaughter(2004). Para uma profunda crítica a essa perspectiva, ver GALINDO, 2012.

⁷⁰ Koskenniemi apresenta também o conceito de “contestação hegemônica” ou estratégia contra-hegemônica: “By hegemonic contestation I mean the process by which international actors routinely challenge each other by invoking legal rules and principles on which they have projected meanings that support their preferences and counteract those of their opponents.” (KOSKENNIEMI, 2004, p. 200).

If the regimes are both operationally closed (unable to view the external world apart from where it has been translated into their idiom) and expansive (that is, seeking to make that idiom the global Esperanto), then they are by definition hegemonic and every suggested coordination will appear as a strategic proposal either for conquest or alienation.

A partir dessa constatação, ele identifica que a interação entre regimes hegemônicos ocorre por meio da técnica “*mainstreaming*”, em que formas particulares de *expertise*, sistemas de conhecimento e valores, preferências e inclinações institucionais são empoderadas (KOSKENNIEMI, 2010). Desta feita, um regime *A* incorpora, mesmo que momentaneamente, um regime *B*, integrando-o como parte de seu autoentendimento (KOSKENNIEMI, 2015). Se essa relação não ocorre com base em um conflito ou competição diretos, tampouco trata-se de uma cooperação, uma vez que um regime possui maior inclinação para ser cooptado por outro, a partir da maior ou menor força de seu vocabulário. Portanto, a partir da prática *mainstreaming*, um regime forte realiza o gerenciamento do outro considerado fraco, invisibilizando seus valores e interesses por meio do uso da técnica, transformando os vocabulários hegemônicos no senso comum. Um breve exemplo, a ser melhor explorado no próximo capítulo, diz respeito ao princípio do *mare liberum*, visto por uns como basilar e inquestionável no Direito do Mar, entretanto guarda concepções e valores de cunho eminentemente comercial.

Uma alternativa seria a criação de termos ou vocabulários híbridos, que contemplem interesses conexos a mais de um regime, como ocorre com “desenvolvimento sustentável”, “segurança humana”, “pesca sustentável” e também a criação de plataformas e textos em que *experts* de mais de um regime possam participar e construir abordagens. No entanto, essa alternativa coloca o desafio de proporcionar o diálogo entre *experts* autocentrados nas máximas de suas respectivas comunidades epistêmicas que não conseguem entender a semântica do outro. É preciso que existam técnicos que entendam todas as semânticas envolvidas e que possam estabelecer pontes de aprendizado. As categorias gramscianas, aplicadas ao direito por Fischer-Lescano e Sonja Buckel (2009), permitem uma crítica ainda mais profunda aos vocábulos híbridos, seguindo posição semelhante à da prática *mainstreaming*, pois a linguagem técnica e científica dos *experts* - os intelectuais, para Gramsci - tem a função de realizar o “processo catártico” de transformar a perspectiva particularista na nova “visão de mundo”.

Desta feita, a interação *mainstreaming* transpassa a dualidade entre cooperação e separação, pois ocorre a inevitável hegemonia de um regime sob outro, funcionando como uma forma de cooptação semântica entre os regimes. A abertura cognitiva realizada importa em um movimento unilateral, em que se constrói uma hierarquia momentânea e não evidente e em que a relação

construída pressupõe um regime que se sobrepõe a outro e passa a operar com o vocabulário do novo regime irrefletidamente.

A interação *cross-regime*, por sua vez, constitui um movimento interpretativo duplo que compreende a criação normativa conjunta ou a incorporação e a aplicação de normas externas ressignificadas e reintroduzidas com nova roupagem, adequando-se às ferramentas existentes no novo regime. A abertura cognitiva realizada permite um movimento bilateral, não há verticalidade, mas uma relação horizontal entre os regimes, uma cooperação. Ressalte-se que, ao final de sua pesquisa, Matz-Lück (2015, p. 260) afirma que ainda não há evidências suficientes de que a interpretação *cross-regime* resulte em maior coerência bem como demonstra que há a ameaça de que esse mecanismo seja utilizado para burlar o consentimento estatal. Ou seja, ela não invalida que estratégias hegemônicas possam utilizar esse mecanismo interpretativo para se impor.

Identificadas algumas formas de estudo da interação entre os regimes, distintas das apontadas pela CDI, e partindo-se da premissa de que um tribunal não age meramente aplicando a lei, pois na construção do argumento motivador da decisão judicial também há um modo de se expressar politicamente⁷¹ (FISCHER-LESCANO e BUCKEL, 2009, p. 440), nos próximos capítulos, analisar-se-ão julgados do TIDM e do OSB (DBS) da OMC sobre o tema da pesca, a fim de identificar se há diálogos com o vocabulário de outros regimes, em especial entre o regime do Direito do Mar e o regime do Comércio Internacional.

Analisar-se-á se, no “momento do Direito” (CRAWFORD E NEVILL, 2015), especialmente quando há possibilidade de conflitos entre normas e interesses, esses tribunais consideram elementos (interpretações, conceitos, normas) do outro regime e do Direito Internacional geral, realizando uma espécie de “imaginação jurídica” (CRAWFORD E NEVILL, 2015), ou se eles desconsideram o outro, limitando-se a autorreferenciarem seus valores e normas especiais. Em caso de resposta positiva sobre a existência de diálogo, identificar-se-á se essa interação ocorre de forma instrumental, somente para legitimar o entendimento adotado, e se ocorre alguma forma de *cross-regime* ou de *mainstreaming*.

A interação será observada em três níveis distintos: o primeiro corresponde às citações diretas ao outro realizadas nas sentenças — compreendendo casos, entendimento, metodologias de interpretação. O segundo corresponde a referências não citadas expressamente pelos tribunais, mas apontadas pela doutrina, inclusive nos casos em que não chegaram a ser julgados

⁷¹ Pela perspectiva da hegemonia, Fischer-Lescano e Buckel(2009, p. 447) concebem a decisão judicial como: “is accordingly a process whereby objective societal relations are articulated in legal – and therefore alienated, specially encoded – semantics. This is far removed from the obscure suspicion that the quality of a decision depends on what the judges had for breakfast”.

efetivamente, mas cujo comportamento do tribunal é previsível. No terceiro nível, será verificado como ocorre transversalmente a apropriação e a integração de três termos definidos como parâmetro de análise: um termo híbrido (desenvolvimento sustentável) e dois mais conectados à proteção ambiental (abordagem ecossistêmica e princípio da precaução).

PARTE II – ESTUDO DOS REGIMES E DOS CASOS SELECIONADOS

“Quem vive num labirinto, tem fome de caminhos”
(Mia Couto)

“A guerra é uma parteira:
das entranhas do mundo faz emergir um outro mundo.
Não o faz por cólera nem por qualquer sentimento.
É a sua profissão: mergulha as mãos no Tempo,
com a altivez de um peixe que pensa que ele é
que faz despontar o mar”
(Mia Couto)

A análise da comunicação entre os regimes pressupõe uma metodologia de estudo. Nesse contexto, Young (2015c, pp. 88-89) identifica quatro aspectos que podem influenciar diretamente na forma como os regimes dialogam. Primeiramente, cada um desses regimes foi formado em períodos históricos distintos, o que é determinante para se entender o porquê da situação presente dos tratados e das instituições internos — ponto brevemente explorado acima. Depois, cada regime tem uma instituição própria para a aplicação de suas normas e seus julgados. Também não há uma uniformidade em relação aos Estados que ratificaram as Convenções de cada regime. Por fim, as normas de cada regime são guiadas para garantir um tipo determinado de preferências, que podem não estar em harmonia. Essas preferências podem ser assemelhadas ao que Crawford e Nevill (2015) denominaram de “panoramas” próprios, que norteiam o modo de agir de cada regime e o modo de agir dos advogados que litigam nesses foros. Desta feita, mesmo o Direito Internacional geral, que é o substrato comum que respalda todos os regimes, será interpretado e aplicado de forma diferente por cada um desses regimes, pois estará condicionado ao que Young (2015c) denomina de “preferência”, Crawford (2015) de “panorama” e Koskenniemi (2007) de “*ethos*”. Entende-se que as ferramentas propostas pela CDI não logram considerar tais aspectos, razão por que é necessário desenvolver outras formas de análise.

A esse respeito, considerando que a pesquisa utiliza a perspectiva de Koskenniemi, cumpre elucidar melhor o que constitui o *ethos* de um regime. Nessa esteira, segundo ele (2007, p. 10):

It is not only that the boxes have different rules. Even if they had the same rules, they would be applied differently because each box has a different objective and a different ethos, a different structural bias: to examine nuclear weapons from a human rights perspective is different from looking at it from a laws of war perspective; a free trade perspective on chemical transports does not render the same result as an environmental perspective, whatever the rules. And the objective and the ethos of a regime are not just some incidental aspect of it. What is significant about projects such as trade, human rights, or indeed “Europe”, is precisely the set of values or purposes that we link with them. To be doing “trade law” or “human rights law”, or “environmental law” or “European law” ‘-as the representatives of those projects repeatedly tell us- is not just to operate some technical rules but to participate in a culture, to share preferences and inclinations shared with colleagues and institutions who identify themselves with that “box”. (grifou-se).

Uma ilustração dessa afirmativa advém da observação de que todos os Tribunais aplicam as regras dos artigos 31, 32 e 33 da CVDT, que alcançaram o reconhecimento de regras costumeiras⁷². Outros dispositivos da Convenção de Viena também são recorrentemente citados, especialmente na jurisprudência da OMC, como o art. 2 (significado dos termos); o art. 7 (plenos poderes); o art. 18 (obrigação de não frustrar o objetivo e a finalidade de um tratado antes de sua

⁷² Conforme reconhecido pelo OA, da OMC, e pelo TIDM, respectivamente, “7.51 Pursuant to Article 3.2 of the DSU, we must interpret this term in accordance with customary rules of interpretation of public international law. recognized by the Appellate Body, these customary rules of treaty interpretation have been codified in Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties” (WTO, WT/DS381/R).

“57. Among the rules of international law that the Chamber is bound to apply, those concerning the interpretation of treaties play a particularly important role. The applicable rules are set out in Part III, Section 3 entitled “Interpretation of Treaties” and comprising articles 31 to 33 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter “the Vienna Convention”). These rules are to be considered as reflecting customary international law. Although the Tribunal has never stated this view explicitly, it has done so implicitly by borrowing the terminology and approach of the Vienna Convention’s articles on interpretation (see the Tribunal’s Judgment of 23 December 2002 in the “Volga” Case (ITLOS Reports 2002, p. 10, at paragraph 77). The ICJ and other international courts and tribunals have stated this view on a number of occasions (see, for example, Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6, at paragraph 41; Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at paragraph 23; Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12, at paragraph 83; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, paragraphs 64-65; Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau, Arbitral Tribunal, Award of 14 February 1985, UNRIAA, vol. XIX, pp. 149-196, 25 ILM (1986), p. 252, at paragraph 41; United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Report of the Appellate Body (WT/DS2/AB/R), adopted by the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization on 20 May 1996, DSR 1996:I, p. 3, at pp. 15-16)” (ITLOS, 2011).

entrada em vigor); o art. 26 (*pacta sunt servanda*); o art. 27 (Direito Interno e observância dos tratados); o art. 28 (irretroatividade dos tratados); entre outros artigos (FLETT, 2015, p. 270-272). A jurisprudência da CIJ é muito presente nos julgamentos para dar solidez aos entendimentos alcançados.

Em relação aos meios de solução de controvérsias de cada regime, já foram outrora mencionados os ensinamentos de Treves (2009) de que a autonomia de cada ente julgador deve ser avaliada a partir de dois elementos de suas respectivas regulamentações (seja a carta constitutiva, seja o regimento interno, seja a jurisprudência): seu grau de abertura e de exclusividade na determinação de seu escopo de jurisdição à luz de outros órgãos de solução de controvérsias existentes. Desse modo, é preciso, primeiro, conhecer como o regime do Direito do Mar concebe a pesca a partir da planificação marinha realizada, quais as possibilidades de interação do regime previstas convencionalmente e quais são os elementos que balizam as atividades do TIDM e suas singularidades em relação a outros tribunais. Somente, então, será possível apreciar como sua jurisprudência se relaciona com outros regimes, considerando suas peculiaridades. O mesmo processo deve ser empreendido em relação à OMC.

Nesses termos, o estudo de caso a ser conduzido divide-se em dois momentos. O capítulo 2 será embasado na análise documental de elementos importantes refletidos na CNUDM e no GATT/1994 e documentos conexos, que possibilitem entender como ocorre a atuação das instituições tomadas como foco para análise dos regimes: o TIDM e o OSC da OMC. Nessa oportunidade, os elementos que merecerão destaque são: (i) quais as suas atribuições e seus limites; (ii) qual o vocabulário utilizado; (iii) quais atores têm competência para litigar; e (iv) quais previsões normativas dão margem à comunicação com outros regimes. Com isso, pretende-se consolidar o entendimento sobre os quatro aspectos que podem influenciar o diálogo entre os regimes.

O capítulo 3 abordará como essas previsões normativas são refletidas no julgamento dos casos sobre pesca dos órgãos de solução de controvérsias, com enfoque nas aberturas e nos fechamentos comunicativos ao comércio (OMC), ao mar (TIDM) e ao Direito Internacional geral (CIJ). O aspecto que será focado de forma predominante nesse momento é a preferência relativa ao vocabulário ou o vocabulário que predominou nos julgados. Entre as perguntas que guiarão a análise estão: algum *ethos* se sobrepõe? Qual? Como? Foi necessário estabelecer alguma exceção ao Direito Internacional geral? Como isso foi realizado?

Capítulo 2. Espelho, espelho meu: a pesca no regime do Direito do Mar e no regime do Comércio Internacional

Entender o comportamento dos tribunais perpassa a apreensão de como a semântica dos regimes está espelhada nos limites e nas possibilidades existentes estruturalmente bem como nas disposições de seus documentos constitutivos. A partir dessa perspectiva, realizou-se a seguir um panorama dos dois tribunais.

2.1 A estrutura da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar e sobre o Mecanismo de Solução de Controvérsias do Tribunal Internacional do Direito do Mar

2.1.1 As disposições sobre a pesca na CNUDM

A CNUDM instituiu uma nova ordem nos mares e oceanos, conforme mencionado outrora. Em relação à proteção da biodiversidade marinha, tema no qual se insere a regulação e proteção dos estoques pesqueiros, verificar-se-á, ao final do estudo abaixo, que a Convenção de Montego Bay logrou pouco êxito em impor obrigações concretas aos Estados para a conservação dos recursos haliêuticos.

Uma primeira abordagem realizada na Convenção sobre o tema obedeceu à planificação marinha constituída, que passou de uma estrutura dualista para uma estrutura multidimensional (TANAKA, 2012, p. 222). Foram mantidos os institutos historicamente estabelecidos, como as águas interiores, o mar territorial, a zona contígua e o alto mar; e novos institutos foram juridicamente constituídos, como a zona econômica exclusiva, a plataforma continental, as águas arquipelágicas e a Área. Há ainda os casos especiais, como os estreitos⁷³.

No mar territorial, os Estados costeiros possuem a prerrogativa soberana para regulamentar a atividade da pesca. Qualquer navio que arvore a bandeira estrangeira em exercício do direito de passagem inocente deve se abster de realizar qualquer atividade de pesca, sob pena de cometer um ilícito internacional, além de atentar contra a legislação do Estado costeiro.

A criação da ZEE proveio de uma proposta dos países em desenvolvimento durante a III Conferência, de acordo com (GALINDO, 2006, p. 158) e (TANAKA, 2012, p. 124). Nessa região adjacente ao mar territorial, com extensão de 200 milhas marinhas a partir da linha de base,

⁷³ De forma bastante didática, Tsamenyi e Hanich (2012, p. 785) agrupam as zonas marítimas em três grandes grupos: aquelas regidas pela soberania estatal (águas interiores, águas arquipelágicas e mar territorial); zonas em que os Estados exercem direito soberanos (ZEE e plataforma continental); e alto mar (demais áreas).

os estados costeiros possuem direitos de soberania para: (i) a exploração, exploração, conservação e gestão dos recursos naturais vivos e não vivos, das águas subjacentes ao leito do mar, do leito do mar, do seu respectivo subsolo e o exercício de outras atividades econômicas de exploração e exploração; (ii) jurisdição para a colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas, sobre atividades de pesquisa científica marinha e sobre a proteção e preservação do meio ambiente (art. 56(1)(a)(b), CNUDM).

O grande diferencial da ZEE, em relação ao antigo pleito do mar territorial de 200 milhas, e um dos fatores de sua aceitação é a consagração da liberdade de navegação, de sobrevoo e de colocação de cabos e dutos submarinos (LONGO, 2014, p. 85). A liberdade de pesca continua sendo exercível pelos Estados, porém qualificada (ou limitada) pela necessidade de conservação dos recursos vivos (YOUNG, 2013, p. 39). Nesse contexto, a definição dos parâmetros de gestão e conservação dos recursos haliêuticos na ZEE é uma discricionariedade do Estado costeiro que admite poucas possibilidades de revisão, conforme será observado na análise da seção III, da CNUDM. Entre as poucas normativas comuns que devem ser obedecidas pelos Estados costeiros, estão a fixação das capturas totais permissíveis e o máximo rendimento constante.

A quantidade de capturas permissíveis refere-se à identificação de um número máximo de espécies que podem ser retiradas durante um determinado período sem ameaçar os estoques pesqueiros. Essa quantidade deve considerar não somente as espécies alvo da pesca, mas também aquelas que incidentalmente serão capturadas, pesca conhecida como *bycatch*. Sua aferição deve ocorrer por meio do uso dos melhores dados científicos disponíveis, inclusive considerando os efeitos ecossistêmicos em relação às espécies associadas (art. 61 (1)(2)(4)) (KLEIN, 2005, p. 178-179).

O máximo rendimento constante busca manter a produtividade dos oceanos por meio da retirada de uma quantidade de peixes que permita a recomposição anual dos estoques. Esse conceito é mais abrangente, já que possui conteúdo quantitativo e qualitativo, pois, além de questões ambientais e econômicas, também deve considerar fatores como as comunidades tradicionais que vivem da pesca artesanal, a interdependência entre os estoques e os padrões de pesca (KLEIN, 2005, p. 178-179). A doutrina critica tais parâmetros, por serem, majoritariamente, baseados em fatores econômicos e não considerarem questões ecológicas, como o relacionamento entre as espécies no meio ambiente (abordagem ecossistêmica). Ademais, grande parte dos Estados costeiros não possui parâmetros técnico-científicos suficientes para estabelecer com precisão esses quantitativos que, dificilmente, poderão ser revisados por terceiros (art. 297(3)) (TANAKA, 2013, p. 223-224).

A construção jurídica de base convencional do conceito de Plataforma Continental consagrou o pleito norte-americano da possibilidade de exploração dos recursos presentes na prolongação natural do seu território terrestre localizada em área submersa. Essa região compreende o leito e o subsolo da plataforma continental, o talude e as eventuais elevações continentais até uma distância de 200 milhas marítimas da linha de base, podendo ser estendida a até 350 milhas da linha de base ou a uma distância que não exceda 100 milhas da isóbata de 2500m. Tal possibilidade de prolongamento da plataforma continental necessita da aprovação da CLPC (art. 76 (1)(3)(5)(8), CNUDM).

Os Estados costeiros possuem direitos soberanos⁷⁴ sobre suas respectivas plataformas continentais para fins de prospecção, exploração e exploração dos recursos naturais ali localizados. Esses direitos lhes são atinentes, independentemente da efetiva realização de atividades, compreendem também a jurisdição legislativa e administrativa e referem-se somente aos recursos naturais (minérios e outros recursos não vivos e organismos vivos imóveis no leito do mar), de modo que se distinguem da soberania territorial (art. 77, CNUDM) e (TANAKA, 2012, pp. 06-08). Observa-se que a concepção da Plataforma Continental está inerentemente atrelada a fatores econômicos e tecnológicos, inexistindo na Parte VI qualquer disposição sobre proteção ao meio ambiente marinho ou aos estoques pesqueiros.

De fato, nas 200 milhas marítimas, as águas e o espaço sobrejacente continuam resguardados pelas disposições relativas à ZEE. Não obstante, existe uma importante lacuna em relação às águas localizadas acima das plataformas continentais estendidas, especialmente em se tratando de recursos pesqueiros, caracterizados pela mobilidade. Embora a resposta ao questionamento se afaste dos propósitos da presente pesquisa, é importante assinalar tal demanda: essas águas seriam classificadas como alto mar ou ainda estariam sob o manto jurídico da ZEE? Ainda que a segunda alternativa pareça ser a mais coerente, não há menção expressa.

O alto mar é definido por exclusão, referindo-se a todos os mares que estão além das ZEE, mares territoriais, águas interiores e zonas arquipelágicas. Essa região tem o caráter de *res communis*, portanto, todos os Estados podem usufruir de seus recursos em uma base de igualdade (Brownlie, 1997, p. 281). Como decorrência dessa característica, o alto mar é regido por 6 liberdades que compreendem, entre outras liberdades, a liberdade de pesca (art. 87(1)(e), CNUDM), que faz parte de uma regra costumeira clássica primeiramente codificada pela Convenção de Genebra de 1958 (COMBACAU; SUR, 2014, p. 489).

A seção II, Parte VII, os Estados são chamados a cooperarem para a preservação dos recursos vivos do alto mar, inclusive por meio da criação de organizações sub-regionais ou

⁷⁴ Interessante assinalar que já no caso *S.S. Wimbledon*, a CPJI mencionou uma diferença entre soberania e direitos soberanos.

regionais de pesca, a fim de trocar informações técnicas sobre a capacidade de captura permissível e sobre como reestabelecer os estoques pesqueiros que se encontram ameaçados ou sobre-explorados. No entanto, tais disposições são genéricas, o que torna difícil mensurar quando um Estado viola a obrigação de cooperar. De qualquer maneira, o fato de a Convenção conectá-la à atuação de OIs⁷⁵ que trabalham com o tema da pesca permite uma abertura para o diálogo e para o aprendizado interno e externo ao regime. Em relação aos mamíferos marinhos, é inclusive possível limitar ou restringir seu aproveitamento como medida para sua conservação (art. 65, CNUDM). Essas disposições são particularmente relevantes neste estudo porque, ao contrário das demais zonas marítimas, controvérsias sobre a pesca realizada em alto mar estão inseridas na jurisdição compulsória dos meios de solução de controvérsia da CNUDM. Além disso, como será observado adiante, outro tema que gerou muitos conflitos foi a competência do TIDM face às disposições especiais previstas na organizações regionais ou sub-regionais.

Denomina-se de Área o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo, além dos limites da jurisdição nacional (art. 1(1), CNUDM). O regime jurídico dessa região é distinto do aplicável às águas subjacentes, mantendo-se, em relação a estas, intacto o princípio do *mare liberum* (SILVA, 2015, p. 54). Essa região e seus recursos foram estabelecidos como patrimônio comum da humanidade na CNUDM após intensos debates ocorridos na III Conferência e após algumas mudanças em relação ao regime inicialmente idealizado pelo embaixador Arvid Pardo. O pleito pela prospecção, exploração e exploração dos fundos marinhos decorreu da descoberta de nódulos polimetálicos no Oceano Ártico, no final do século XIX (TANAKA, 2012, p. 171), e, a partir do princípio do patrimônio comum da humanidade, a região passou a ser gerida pela ISA. Esse órgão possui um procedimento de solução de controvérsias distinto do previsto no art. 287, que não será melhor desenvolvido aqui em razão do tema da pesca não estar incluído em sua jurisdição compulsória. Atualmente, alguns contratos de exploração já foram autorizados, embora parem muitas dúvidas em relação aos impactos que a eventual exploração desses recursos possa gerar, tanto no equilíbrio mineral do planeta, quanto nos diversos usos do mar e na biodiversidade marinha.

Diante desse panorama, verifica-se que uma das abordagens da Convenção sobre a gestão e conservação dos recursos pesqueiros obedeceu a divisões marinhas artificiais, criadas pelos homens, sem que fossem observadas questões geológicas, a interação ecossistêmica entre as espécies marinhas, o fato de os recursos haliêuticos serem móveis e as condições físicas das

⁷⁵ Algumas Organizações Internacionais que fazem parte dessa lista são: a Comissão Internacional Baleeira (IWC, sigla em inglês); a FAO; o PNUMA; a Comissão dos Mamíferos Marinhos do Atlântico Norte (NAMMCO, sigla em inglês); a Organização para Conservação do Salmão no Atlântico Norte (NASCO, sigla em inglês) (TANAKA, 2013).

diversas zonas do meio ambiente marinho. Essa estrutura gera problemas de coerência interna do regime e limitações ao MCSC, conforme será mais explanado adiante.

A CNUDM ofereceu também uma segunda abordagem à biodiversidade marinha, desta vez atrelando as normas às espécies. Entre os artigos 63 e 68, contidos na Parte V que versa sobre a ZEE, foram estabelecidas regras específicas para a conservação: *(i)* dos estoques pesqueiros compartilhados entre duas ZEE ou entre a ZEE e uma zona exterior e adjacente à mesma; *(ii)* conservação dos estoques das espécies altamente migratórias, listadas no Anexo I; *(iii)* dos mamíferos marinhos; *(iv)* das populações de peixes anádromos⁷⁶; e *(v)* espécies catádromas⁷⁷. Em apertada síntese, tais dispositivos estabelecem que os países com costas adjacentes ou que compartilhem espécies pesqueiras sejam obrigados a buscar alcançar, por intermédio de organizações sub-regionais ou regionais especializadas na matéria, acordo sobre medidas de conservação dessas espécies. A literalidade do texto da Convenção reflete a dificuldade em limitar a discricionariedade dos Estados costeiros, haja vista a ausência de comando que obrigue efetivamente a realização de um acordo e a ausência de direcionamentos sobre como compatibilizar as medidas de conservação⁷⁸ entre as múltiplas zonas econômicas exclusivas e entre estas e as do alto mar (TANAKA, 2012, p. 227).

⁷⁶ Peixes anádromos são aqueles que migram da água salgada para a água doce para realizar a desova (WALKER, 2012, p. 221).

⁷⁷ As espécies catádromas realizam movimento oposto, migrando das águas doces para os oceanos, a fim de realizar a desova. Por isso, a pesca dessas espécies em alto mar é proibida, pois se tratam de exemplares ainda jovens. Em ambos os casos, o Estado no qual estiver localizado o rio de saída ou de chegada desses peixes possui, segundo a CNUDM, maior responsabilidade na adoção de medidas de gestão para a conservação das espécies. (KLEIN, 2005, p. 205).

⁷⁸ Sobre o sentido do termo “medidas de conservação e gestão”, o Acordo sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios entende-o como “medidas para conservar e ordenar uma ou mais espécies de recursos marinhos vivos adotadas e aplicadas em conformidade com as normas pertinentes do Direito Internacional, à luz da Convenção e do presente Acordo”. A CIJ, por sua vez, interpretou-as como: “According to international law, in order for a measure to be characterized as a ‘conservation and management measure’, it is sufficient that its purpose is to conserve and manage living resources and that, to this end, it satisfies various technical requirements. It is in this sense that the terms ‘conservation and management measures’ have long been understood by States in the treaties which they conclude. (...) The same usage is to be found in the practice of States. Typically, in their enactments and administrative acts, States describe such measures by reference to such criteria as: the limitation of catches through quotas; the regulation of catches by prescribing periods and zones in which fishing is permitted; and the setting of limits on the size of fish which may be caught or the types of fishing gear which may be used (see, among very many examples, Algerian Legislative Decree No. 94-13 of 28 May 1994, establishing the general rules relating to fisheries; Argentine Law No. 24922 of 6 January 1998, establishing the Federal Fishing Regime; Malagasy Ordinance No. 93-022 of 1993 regulating fishing and aquaculture; New Zealand Fisheries Act 1996; as well as, for the European Union, the basic texts formed by Regulation (EEC) No. 3760192 of 20 December 1992, establishing a Community system for fisheries and aquaculture, and Regulation (EC) No. 894197 of 29 April 1997, laying down certain technical measures for the conservation of fisheries resources. For NAFO practice, see its document entitled Conservation and Enforcement Measures (NAFO/FC/Doc. 96/1)). International law thus characterizes ‘conservation and management measures’ by reference to factual and scientific criteria”.

“In certain international agreements (for example the United Nations Agreement on Straddling Stocks of 1995 and the ‘Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas’ (FAO, 1993), neither of which has entered into force) the parties have expressly stipulated, ‘for purposes of th[e] Agreement’, that what is generally understood by ‘conservation and management measures’ must comply with the obligations of international law that they have undertaken pursuant to these agreements, such

Embora essa abordagem da CNUDM tenha, em relação às Convenções anteriores, tido mais sucesso em considerar a dinâmica de deslocamento dos recursos pesqueiros, ainda é insuficiente para estimular os Estados e as empresas que atuam na área a adotar mecanismos de prevenção de acidentes e da sobre-exploração dos estoques. Ao final, no plano normativo, parece não haver disposição sobre medida de conservação que se sobreponha aos direitos soberanos dos Estados e à liberdade do uso dos mares; o espírito de comunidade que a proteção dos recursos pesqueiros necessariamente conclama parece se perder em meio aos interesses econômicos soberanos.

Nesse contexto, Klein (2005, p. 146-147) dispõe que a análise das normas da Convenção sobre proteção e preservação do meio ambiente marinho demonstra a imposição de poucos deveres concretos aos Estados. Na maioria das situações, a CNUDM exorta os países a cooperarem ou atrela as obrigações a futuras conferências internacionais, ou seja, as obrigações se cingem ao campo técnico-científico da cooperação e da troca de informações técnicas, de acordo com as possibilidades declaradas por cada Estado ou ao âmbito diplomático. Há ainda outros limites como a pouca consideração do ecossistema marinho de forma integrada, ou seja, das interações ecológicas entre as espécies e delas com o meio ambiente marinho; e a ausência de normas que protejam as espécies localizadas no leito dos fundos marinhos. Esse fato pode ser atribuído ao caráter eminentemente econômico das disposições sobre os fundos marinhos e ao pouco conhecimento que se tinha, à época da elaboração da Convenção, sobre as espécies que ali vivem (TANAKA, 2012, p. 222).

2.1.2 Acordos importantes sobre a pesca no regime do Direito do Mar

Esses pontos problemáticos foram em parte atenuados pelo Acordo sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios⁷⁹. Esse acordo decorreu da percepção de uma limitação na implementação das

as, compatibility with maximum sustainable yield, concern for the needs of developing States, the duty to exchange scientific data, effective flag State control of its vessels, and the maintenance of detailed records of fishing vessels". (ICJ, 1998).

⁷⁹ Para uma crítica ao Acordo sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios, ver TSAMENYI e HANICH (2012). Nesse texto, os autores argumentam que a expressão "áreas sob a jurisdição nacional", utilizada no acordo, deu margem a diversas interpretações conflitantes e a mais adequada ao histórico das negociações seria referir-se somente à ZEE, e não às zonas sob jurisdição nacional, acarretando a permanência de um regime soberano absoluto sobre a pesca realizada em jurisdição nacional, o que, pela natureza desse recurso, pode impactar negativamente o equilíbrio marinho. Assim: "If a fishing activity occurs within the territorial sea or archipelagic waters of a coastal State, then the fisheries governance framework is almost entirely at the discretion of the coastal State, subject to minimal responsibilities to not cause harm to others and a general LOSC responsibility on all parties to protect and preserve the marine

normas da CNUDM em relação à pesca no alto mar (YOUNG, 2013, p. 40). Ele é autônomo em relação à CNUDM, ou seja, os Estados partes do FSA não necessitam ser parte daquele fato que permitiu que países como Estados Unidos, Dinamarca e Irã o ratificassem (HARRISON, 2013, p. 103-104).

O instrumento impõe limites à extrema liberdade de pesca no alto mar (art. 8(4)) e utiliza conceitos jurídicos importantes desenvolvidos após a CNUDM, notadamente relativos à proteção e à conservação do meio ambiente marinho e dos recursos naturais, como o desenvolvimento sustentável, o uso sustentável dos estoques pesqueiros e o princípio da precaução; considera a relação ecossistêmica de forma integrada; e determina melhor a obrigação de cooperar (formas, objetivos, meios, determinações específicas em relação aos países em desenvolvimento) (BRASIL, 2002) (HARRISON, 2013, p. 104).

Suas disposições são majoritariamente destinadas ao alto-mar, porém os artigos 6.º (abordagem da precaução) e 7.º (medidas de conservação e gestão) também devem ser aplicados nas regiões sob jurisdição nacional, assim como o art. 5.º (princípios gerais), no que forem compatíveis. O acordo fortalece a cooperação por meio das Organizações Regionais para a Gestão Pesqueira (RFMOs), estabelece os princípios que devem nortear suas atuações e as responsabilidades destes com a conservação do meio ambiente marinho. Enfrenta, ainda, a questão do *flag of convenience*⁸⁰, ao requerer, das partes, comprometimento em deter as atividades de navios que arvoreem suas bandeiras e impossibilitem a implementação das disposições do FSA. Também amplia a jurisdição do Estado portuário para não permitir o desembarque ou o transbordo em locais em que tenha sido identificado que a captura não obedece aos parâmetros de conservação dos recursos (BRASIL, 2002) (YOUNG, 2013, p. 42-43) (HARRISON, 2013, p. 105-106).

Nota-se que, apesar do avanço representado por esse acordo no sentido de conformar a exploração econômica com a preservação do meio ambiente e da diversidade biológica marinha, ou talvez em decorrência disso, poucos países ratificaram o instrumento — aproximadamente

environment” (2012, p. 792). Argumentam que a adoção de mecanismos de compensação, que incluiriam incentivos para a pesca no alto mar adjacente à costa, tratamento preferencial nas negociações que envolvam encargos de conservação e até suporte financeiro, poderiam ser uma alternativa para minorar alegações sobre o “fardo” das medidas de conservação e incentivar a transparência.

⁸⁰ Segundo Tanaka (2012, p. 157), embora inexista uma definição precisa do termo, é possível entendê-lo como: “refer, in essence, to States that permit foreign shipowners, having very little or virtually no real connection with those States, to register their ships under the flags of those States. The flag of convenience States allow shipowners to evade national taxation and to avoid the qualifications required of the crews of their ships, In so doing, flag of convenience States give shipowners an opportunity to reduce crew costs by employing inexpensive labour, whilst these States receive a registry fee ad an annual fee”. Conforme é possível depreender do excerto, os Estados que concedem bandeiras de conveniência possuem pouco ou nenhum controle em relação aos navios que arvoram seu pavilhão; na maioria dos casos, são países do Terceiro Mundo, com pouca capacidade financeira e técnica para fiscalização. Portanto, esses navios estão mais sujeitos a realizarem suas atividades em desrespeito à proteção do meio ambiente marinho e da pesca sustentável.

oitenta e dois países, estando, entre eles, os Estados Unidos da América (UN, 2015). No mesmo sentido, Young (2013, p. 46) salienta que a maior deficiência das disposições da CNUDM refere-se à conservação dos recursos pesqueiros, e que o FSA não logrou suprir esse problema em razão de sua precária adesão internacional.

Tanaka (2012, p. 235-242) observa também que inexistente uma definição precisa e um conteúdo normativo tanto para o princípio do desenvolvimento sustentável, como para a abordagem ecossistêmica e para o princípio da precaução, fato que possibilita uma apropriação instrumental desses termos. Ademais, a adoção de medidas correlatas aos três é uma questão de política nacional, cuja validade dificilmente será revisada por tribunais internacionais.

O FSA também é criticado por violar o *pacta tertiis* por, aparentemente, criar obrigações para Estados terceiros que não consentiram com o regime, em especial a obrigação relativa aos portos, descrita acima (YOUNG, 2013, p. 43). Contrariamente, há autores que admitem que as disposições do FSA poderiam ser aplicáveis a terceiros por meio da técnica da “interpretação evolutiva”, estabelecida pela CIJ em casos como o *Gabcikovo-Nagymaros*, ou a partir do desenvolvimento de novos costumes internacionais (HARRISON, 2013, p. 108).

Por fim, como o art. 297(3), CNUDM também se aplica ao FSA, inclusive às espécies altamente migratórias, às espécies anádromas e às catádromas, são amplas as possibilidades de exclusão da competência dos MCSC. Logo, conclui-se que, apesar do avanço em termos de previsões substantivas, o Acordo ainda incorre nas mesmas limitações procedimentais da Convenção de Montego Bay.

Outro instrumento internacional que, embora se configure como *soft-law*, é reconhecido por ambos os regimes como importante para o tema da pesca, é o Código de Conduta para a Pesca Responsável, elaborado pela FAO, cuja aplicação não se restringe aos Estados, mas também a organizações e entidades que trabalham com o tema da pesca em âmbito sub-regional e regional, ONGs e demais grupos.

O Código visa prevenir e reparar a sobrepesca e os efeitos da degradação dos ecossistemas costeiros. Percebe-se, então, um deslocamento da ideia de captura máxima sustentável para uma abordagem de precaução não só em relação ao meio ambiente, mas também em relação à conservação, gestão e exploração dos recursos pesqueiros para as futuras gerações. Nesse contexto, o instrumento enfatiza o papel relevante da pesca artesanal e em pequena escala e do uso de técnicas de pesca seletiva, ambientalmente seguras e de menor custo. Também atrela o manejo sustentável dos estoques ao gerenciamento costeiro, reconhecendo a importância da integração ecossistêmica entre a biodiversidade e o meio ambiente em todas as regiões do espaço

marinho. É atribuída maior ênfase à responsabilidade do Estado de bandeira em relação à sobrepesca e à sua obrigação de fiscalizar os navios que arvoem sua bandeira (FAO, 1995).

O Código estabelece importante interação com o regime do Comércio Internacional ao afirmar, em mais de uma ocasião, que o comércio internacional de peixes e produtos pesqueiros deve ser realizado de acordo com os princípios, direito e obrigações estabelecidos pela OMC (FAO, 1995)⁸¹.

No contexto dessa Convenção, foi estabelecido outro documento relevante para o presente trabalho, o Plano Internacional de Ação para Prevenir, Deter e Eliminar a Pesca Ilegal, Não Declarada e Não Regulamentada⁸², que, além de especificar quais modalidades pesqueiras estão contidas nesse conceito, solicita aos Estados a elaboração de planos nacionais para preveni-la, além de medidas de cooperação e troca de informações, por meio da FAO e de organizações regionais, para a proposição de planos conjuntos para prevenir, desestimular e eliminar a pesca IUU (FAO, 2001).

2.1.3 Os meios de comunicação previstos na CNUDM

A Convenção de Montego Bay prevê algumas hipóteses de sobreposição ou coexistência com outros acordos e regimes. A primeira delas diz respeito ao art. 293(1), que permite ao Tribunal que tiver jurisdição compulsória nos termos da seção aplicar outras normas de Direito Internacional não incompatíveis com o instrumento. Essa norma realiza uma distinção clara entre as regras de jurisdição — i.e. aquele MCSC que a parte irá indicar quando for depositar a CNUDM ou o Tribunal indicado por alguma convenção interna ao regime — e as regras materiais aplicáveis a um caso, que não se limitam à Convenção que determinou a jurisdição da Corte ou Tribunal. Portanto, tal artigo possibilita abertamente um diálogo tanto com o Direito Internacional geral quanto com documentos conexos, como a CBD, normativas da FAO, do

⁸¹ Outro instrumento internacional com *status* de *soft law* recorrentemente citado pela doutrina como importante para a proteção da pesca é a Agenda 21, que não ser abordada no presente capítulo porque, embora se reconheça o caráter basilar desse documento na criação de *standards* e de uma nova mentalidade, o mesmo não pode ser visto como pertencente ao regime do mar, devido ao fato de ser voltado à proteção do meio ambiente como um todo e não especificamente aos estoques pesqueiros. Sobre o papel dos acordos subsequentes na tarefa de preencher as lacunas da CNUDM, Tsamenyi e Hanich (2012, p. 784) afirmam que: “In the three decades after the conclusion of the LOSC and the implementation of its fisheries provisions, several gaps have been identified, particularly in respect of the scope and content of the duty to cooperate to achieve the long-term conservation and management of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks. These gaps were to a large extent addressed by the international community in Agenda 21, Chapter 172 and the United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks”.

⁸² Para o conceito de pesca IUU, ver nota 2.

CITES, da CCAMLR, da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC) e demais AMAs.

O art. 293(2) também permite ao Tribunal ou Corte competente decidir um caso *ex aequo et bono*, uma remissão ao art. 38(2) do Estatuto da CIJ.

Outra possibilidade está contida no artigo 311 que estabelece a prevalência da CNUDM em relação às Convenções de Genebra sobre o Direito do Mar de 1958. Em relação aos demais tratados, desde que compatíveis, a Convenção não modifica os direitos e as obrigações decorrentes deles. Nesse caso, importantes exemplos são a CBD, a Convenção para a Conservação dos Estoques Anádromos no Norte do Oceano Pacífico, o Acordo bilateral entre Canadá e Estados Unidos da América para a proteção do Salmão no Pacífico e a CITES.

Também é possível modificar ou suspender a Convenção, mediante acordos específicos entre as partes, conquanto não sejam incompatíveis com os fins da CNUDM e não afetem seus princípios fundamentais nem o gozo dos direitos e o cumprimento dos deveres assumidos (art. 311(2)(3), CNUDM).

A esse respeito, a Convenção de Montego Bay não possui dispositivo explícito informando os princípios fundamentais nem seus objetivos e suas finalidades. A única ressalva expressamente feita ao artigo 311(3) foi a proibição de emendas ao princípio do patrimônio comum da humanidade, art. 311(6). Porém, a partir do preâmbulo da Convenção é possível inferir que suas finalidades são: (i) manutenção da paz; (ii) manutenção da justiça; (iii) manutenção do progresso econômico e social de todos os povos; (iv) estabelecimento de uma ordem jurídica dos mares e oceanos que promova a comunicação entre os povos, a conservação dos recursos vivos, a proteção e a preservação do meio ambiente marinho e o respeito à soberania dos Estados; (v) garantia do princípio do patrimônio comum da humanidade, cuja exploração seja realizada em benefícios de todos os povos.

Percebe-se que os objetivos e princípios fundamentais são genéricos. Um mesmo dispositivo acordado entre Estados pode ser facilmente interpretado tanto como em violação a essas finalidades como de acordo com elas, a depender das estratégias argumentativas realizadas pelas partes e das construções interpretativas realizadas pelos Tribunais. Logo, impossível não criticar a redação genérica desse parágrafo que possibilita a derrogação de suas disposições, ficando *a posteriori* a identificação sobre possíveis afrontas.

Situação distinta ocorre no art. 188(2), que estabelece que as controvérsias relativas à interpretação e à execução de um contrato de realização de atividades na Área devem ser resolvidas, salvo acordo em contrário e salvo demandar interpretação da parte XI e anexos, por uma arbitragem comercial que, via de regra, obedecerá aos procedimentos e às regras

estabelecidos na Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). A esse respeito, Klein (2005, p. 328) informa que esse texto foi resultado de uma posição de consenso na III Conferência entre os países desenvolvidos, que eram afeitos à arbitragem comercial para a solução das disputas contratuais, e o G-77, temerosos em possibilitar a interpretação da CNUDM pelo vocabulário comercial, posição que acabou vencida. Assim, além de adicionar mais uma hipótese de solução de controvérsias relativas aos fundos marinhos (ADEDE, 1980, p. 40), em relação a essa previsão em particular, é interessante observar que, embora a interpretação da Convenção tenha ficado sob a competência da Câmara de Controvérsia para os Fundos Marinhos, a interpretação dos contratos irá obedecer, via de regra, ao *ethos* comercial. Assim, por exemplo, dificilmente argumentos embasados no princípio da precaução irão prevalecer em relação a argumentos econômicos da eficiência e das barreiras ao comércio.

Ocorre então uma forma de *mainstreaming*, pois, nessas situações, a decisão será limitada aos *experts*, que buscarão os resultados de consenso mais eficientes para sua especialidade (regime), desconsiderando os efeitos com outros regimes e com o sistema geral. Portanto, essa previsão possibilita uma forma de cooperação *mainstreaming*.

No capítulo 3, o caso *Southern Bluefin Tuna* demonstrará um oportuno exemplo de como o vocabulário comercial pode se sobrepor indiretamente aos demais. Apesar de ele não versar sobre uma arbitragem comercial, o Tribunal Arbitral foi formado no âmbito do ICSID, um foro eminentemente comercial, o que levou a desdobramentos pouco interessantes para a proteção dos recursos haliêuticos.

2.1.4 O Mecanismo de Solução Compulsória de Controvérsias da CNUDM

A criação de um mecanismo de solução compulsória de controvérsias sobre o Direito do Mar foi, ao mesmo tempo, um dos grandes desafios, uma das grandes conquistas e, segundo alguns, um dos grandes problemas da CNUDM. Isso porque a miríade de países com interesses divergentes envolvidos foi um obstáculo para que na I Conferência e na II Conferência houvesse êxito a esse respeito. Por outro lado, a criação de um mecanismo de solução de disputas é um elemento que assegura estabilidade e integridade a um regime, evitando que seus dispositivos sejam interpretados de maneira distinta pelos Estados partes (TANAKA, 2012, p. 21-24) (BOYLE, 1997, p. 40), já que a conciliação das diferentes perspectivas era imprescindível para a conquista da formação de um regime do mar.

Como outrora mencionado, estados como a França e o bloco de países em desenvolvimento se opunham à clássica jurisprudência da CIJ sobre o tema. Outros, como o bloco soviético, não aceitavam meios judiciais de solução, sendo, contudo, adeptos à arbitragem (BOYLE, 1997, p. 40). Havia ainda alguns Estados que propunham uma abordagem funcional de solução de controvérsias, em que procedimentos especiais de solução seriam formados a partir da temática científica ou técnica envolvida na disputa. Assim, por exemplo, conflitos que envolvessem poluição ou transferência de tecnologia seriam resolvidos por um respectivo grupo de *experts* (ADEDE, 1980, p. 20). Diante desse contexto e dos esforços da ONU para alcançar a adesão universal ao tratado, cabe ressaltar que a Parte XV da CNUDM prevê um complexo mecanismo de solução de controvérsias que envolve tanto procedimentos não compulsórios quanto procedimentos compulsórios. Segundo atesta Klein (2005, p. 28):

The dispute settlement system in UNCLOS relies on a spectrum of resolution techniques — ranging from formal adjudication or arbitration, to compulsory conciliation (of varying impact), to voluntary conciliation, to diplomatic initiatives and negotiation. What procedure is available depends on the substantive question in dispute. Clearly, States were not of the view that mandatory jurisdiction was essential for every issue regulated under the Convention. [...] The Convention certainly represents the new law of the sea but compulsory dispute settlement procedures entailing binding decisions are only essential to some aspects of this law and not others.

Em termos gerais, a Parte XV é dividida em três seções, (i) a primeira estabelece disposições gerais, com especial ênfase nos procedimentos conciliatórios; (ii) a segunda versa sobre os procedimentos compulsórios; (iii) e a terceira impõe limites à aplicação da seção II, prevendo situações em que o único meio de solução possível é a conciliação (ADEDE, 1980, p. 44).

Na seção I, o princípio da liberdade de escolha dos meios pacíficos de solução de controvérsias, estabelecido no art. 33(1) da Carta da ONU, foi expressamente seguido nos artigos 280 e 281 (BRASIL, 1995), de modo que a utilização dos meios e procedimentos estabelecidos na CNUDM é residual e está condicionada ao não alcance de uma solução por quaisquer dos meios acordados entre as partes e a não previsão nos acordos de outros procedimentos.

De forma semelhante, o art. 282 da Convenção afirma a primazia de procedimentos distintos estabelecidos entre as partes mediante acordo geral, regional ou bilateral àqueles elencados na CNUDM (Brasil, 1995)⁸³. A esse respeito, Young (2013, p. 40-41) critica a primazia

⁸³ De fato, Churchill (1998, p. 226) esclarece que a maior parte das políticas de gestão internacional dos recursos pesqueiros é realizada por meio de Comissões Regionais, apesar de suas sensíveis limitações de atuação, haja vista que: (i) suas respectivas áreas de atuação são bem delimitadas, ao passo que os recursos não obedecem às restrições geográfica; (ii) os estados membros de algum acordo regional possuem ampla liberdade para recusarem a aplicação

oferecida aos arranjos regionais ou sub-regionais, pois eles acabam configurando “clubes” destinados a reter os direitos de exploração dos recursos, sem a devida atenção aos mecanismos de monitoramento. A conclusão da autora é embasada nos resultados provenientes da aplicação dos parâmetros sobre efetividade institucional desenvolvidos por Keohane, Haas e Levy aos RFMOS⁸⁴.

Nesse diapasão, observa-se que a busca pela adesão universal fragilizou a integridade da Convenção ao limitar sua jurisdição e a liberdade de decisão dos meios de solução controversas da CNUDM à interpretação ou aplicação de tratados paralelos, pertencentes ou não ao mesmo regime (RAYFUSE, 2005, p. 406). De acordo com as distinções entre regimes fortes/regimes fracos e abertura/exclusividade, mencionadas no capítulo anterior, percebe-se que o regime do Direito do Mar demonstra fraqueza, em razão do fato de possibilitar uma abertura exagerada à prevalência de normas externas e de não ter estabelecido um núcleo duro de normas irrevogáveis.

Refletindo uma ênfase em soluções políticas e diplomáticas de disputas, a CNUDM inovou ao estabelecer dois procedimentos de conciliação, um voluntário (art. 284) e outro obrigatório (art. 283). O voluntário enfatiza o consentimento das partes e sua liberdade para definir os procedimentos a serem aplicáveis, embora exista uma regulamentação disposta no Anexo V da Convenção de Montego Bay. O obrigatório compele os Estados a trocar opiniões relativas à interpretação e aplicação do dispositivo conflitivo antes de levar as disputas aos meios compulsórios de solução de controversas. A esse respeito, menciona-se que essa obrigatoriedade não é absoluta e pode ser mitigada, caso o Estado parte entenda que as possibilidades de solução já foram esgotadas, conforme entendimento do TIDM no caso *Southern Bluefin Tuna* que será melhor explorado no próximo capítulo.

A seção II cuida dos MCSC, cujas negociações tiveram de equilibrar perspectivas diametralmente opostas e a relutância dos Estados em recorrer a soluções de conflitos realizadas por terceiros, o que geralmente acarreta o retorno à semântica soberanista⁸⁵. A partir desse cenário, as negociações empreendidas na III Conferência tiveram de adotar um sistema flexível,

de alguma medida de conservação estipulada pela comissão; (iii) os mecanismos de *enforcement* das comissões são limitados; e (iv) a pesca em alto mar pode ser utilizada por todos os estados, independentemente de fazerem parte da comissão regional que atua na respectiva zona.

⁸⁴ Segundo essa técnica, as instituições são analisadas a partir de ‘três C’s’ de efetividade institucional: (i) suas habilidades em aumentar os níveis de preocupação (“*concern*”) com a exploração dos recursos ambientais; (ii) promover um ambiente contratual hospitaleiro (“*contractual environment*”), em que os interesses possam ser mediados e as ações monitoradas; (iii) aprimorar a capacidade (“*capacity*”) dos estados em mudar comportamentos exploratórios por meio de arranjos políticos ou administrativos (YOUNG, 2013, p. 40).

⁸⁵ Segundo Galindo (2014, pp. 92-94), os MCSC da CNUDM estariam no meio termo de um modelo compulsório de jurisdição, haja vista que a Convenção atribui liberdade aos estados signatários para escolherem a qual MCSC preferem levar suas contendas. O MSCS da OMC, por sua vez, estaria no grau mais elevado (até o momento existente) de compulsoriedade, pois ao aderirem à organização, os Estados também aderem ao ESC; não existe a necessidade de um segundo consentimento.

apelidado de Fórmula *Montreux*, segundo a qual, no momento de ratificação da convenção, ou posteriormente, os países devem escolher um ou mais entre os quatro fóruns de solução de controvérsias dispostos no art. 287, CNUDM. Caso inexistir acordo, o meio residual é o Tribunal Arbitral constituído de acordo com o Anexo VII, doravante chamado Tribunal Arbitral VII. Ainda de acordo com esse sistema, a competência da Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos não pode ser afastada por declaração escrita dos Estados, exceto aqueles que tenham costa adjacente (ADEDE, 1980, p. 44).

Boyle (1997) é crítico em relação à fórmula de consenso alcançada, pois gerou dois desafios que ele denomina de *Cafeteria Approach* e *Salami-slicing*. O *Cafeteria Approach* decorre exatamente da capacidade atribuída aos Estados membros de escolher o meio de solução compulsória de controvérsias ao qual desejam submeter seus dissídios. O autor identifica que essa abordagem pode dar margem à fragmentação do Direito do Mar por duas razões: a inexistência de um único foro de resolução das controvérsias e a ausência de um mecanismo que garanta uniformidade às decisões. No entanto, ele mesmo salienta que esse problema não é novo, uma vez que mesmo antes da CNUDM, temas relacionados ao Direito do Mar já tinham sido decididos tanto pela CIJ quanto pela arbitragem, o que gerou uma suposta competição entre as cortes.

O *Salami-slicing* refere-se à multiplicidade de apreciações distintas que uma mesma controvérsia pode ter, o que gera graus distintos de vinculação. Por exemplo, uma disputa sobre pesca ou pesquisa científica marinha em alto mar está inserida na jurisdição compulsória da CNUDM; no entanto, caso a pesca esteja sendo exercida pelo Estado costeiro em sua ZEE, o Estado não é obrigado a aceitar qualquer procedimento de solução de controvérsia. Não é simples, entretanto, distinguir entre a pesca realizada em alto mar e a realizada na ZEE, uma vez que há, por exemplo, o caso de cardumes transzonais, como comprovam os casos *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* e *Volga*.

Cumpra também mencionar as contribuições a esse debate desenvolvidas por Rayfuse (2005), que, dez anos após o início da atuação do TIDM, analisou empiricamente as possíveis ocorrências da fragmentação substantiva e da fragmentação procedimental. A primeira refere-se à perda de consistência e continuidade do desenvolvimento e da aplicação de princípios jurídicos. Já a segunda diz respeito à competição de jurisdições e à adequação do foro de solução de controvérsias escolhido, situação semelhante à apontada por Boyle.

O estudo da fragmentação substantiva realizado pela autora focou nos casos: *M/V SAIGA, Prompt Release, M/V SAIGA; Southern Bluefin Tuna; Comuco; Monte Confurco; Grand Price; Mox Plant; Volga* e *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor* (RAYFUSE, 2005).

Em suas conclusões, confirmou-se que, apesar de algumas inovações realizadas pelo tribunal — como a interpretação de que as medidas dispostas no art. 292 (pronta liberação de embarcações) podem ser deferidas independentemente do esgotamento dos recursos internos — a jurisprudência do TIDM tem sido ortodoxa, dando continuidade à aplicação e à interpretação dos princípios do Direito Internacional geral em conformidade com a prática até então desenvolvida. Talvez como uma forma do Tribunal romper com qualquer alegação de *forum shopping*, sua jurisprudência invoca bastante os entendimentos estabelecidos pela CIJ e pela CPJI, fato que será observável no próximo capítulo.

O estudo da fragmentação procedimental foi realizado com base em três perspectivas: (i) a liberdade garantida pela Fórmula *Montreaux* permite que uma série de temas do Direito do Mar sejam excluídos pelos Estados da jurisdição compulsória; (ii) outros regimes especiais aplicáveis podem prever distintos procedimentos de solução de controvérsias; e (iii) podem ocorrer as situações em que “tratados paralelos” à CNUDM, no âmbito do mesmo regime, ensejarão outros meios de solução de controvérsias (RAYFUSE, 2005).

Um exemplo de declaração que excluiu determinados temas da jurisdição compulsória ocorreu no caso *Fisberies Jurisdiction (Spain v. Canada)*, que foi levado à CIJ porque o Canadá ainda não tinha ratificado a CNUDM no momento da ocorrência do possível ilícito internacional. O problema jurídico do conflito foi a necessidade de identificar se o ato das autoridades canadenses em apreender o navio espanhol *Estai*, com base em uma lei canadense que proibia a atividade da pesca em uma região próxima à ZEE, tinha violado os direitos da Espanha e deveria ser reparado. No entanto, quando o Canadá alterou sua declaração de aceitação da jurisdição compulsória da CIJ, em 1994, manifestou reserva em relação a disputas que decorressem das medidas de conservação e gestão adotadas pelo Estado em relação a navios que exerciam a atividade pesqueira na área regulada pela Organização de Pesca do Noroeste do Atlântico. Dessa forma, a CIJ entendeu que não possuía jurisdição para julgar a controvérsia, pois a legislação e os atos administrativos adotados pelo Canadá constituíram medidas de conservação e gestão (ICJ, 1998). Atualmente, mesmo o Estado já sendo parte da CNUDM, a controvérsia chegaria a resultado semelhante, pois na declaração de submissão aos MCSC foram excluídas as controvérsias relativas ao exercício dos direitos de soberania ou de jurisdição relativos à pesca na ZEE (RAYFUSE, 2005, p. 701).

Regimes especiais aplicáveis à mesma controvérsia também podem acarretar uma forma de fragmentação procedimental, pois, embora seja mantida a coesão principiológica do Direito Internacional geral, o mesmo caso pode ser levado a dois mecanismos de solução de controvérsia distintos, como ocorreu no caso *Swordfish*, em que os mesmos fatos geraram uma controvérsia

perante o TIDM e outra perante o OSC da OMC, cada qual com problemas jurídicos afeitos aos respectivos regimes (ITLOS, 2009) e (WTO, 2007). Diante dessas conclusões, a autora defende que o problema maior pode não ser a fragmentação substantiva, mas a fragmentação procedimental, ou seja, o calcanhar de Aquiles do MSCS da CNUDM talvez seja muito mais o grande número de possibilidades de excluir sua aplicação do que, necessariamente, a inconsistência de suas decisões em relação aos entendimentos *standards* sobre o Direito do Mar.

Conforme já listado acima, os MCSC listados no art. 287 são: (i) TIDM, cujo procedimento de atuação é regulamentado no Anexo VI; (ii) CIJ; (iii) Tribunal Arbitral VII; e (iv) um Tribunal Arbitral constituído segundo o anexo VIII, doravante, Tribunal Arbitral VIII. O tema da disputa a ser julgada terá relevância somente em relação a este último, pois foi criado a fim de atender aos anseios dos que solicitavam um MCSC que atuasse funcionalmente. Isso porque, segundo o art. 1, do Anexo VIII, podem ser submetidas a esse procedimento especial as controvérsias cuja disputa gire em torno dos seguintes temas: pesca, proteção e preservação do meio ambiente marinho, pesquisa científica marinha ou navegação, incluindo a poluição proveniente de embarcações e por alijamento (BRASIL, 1995). Esse procedimento viabiliza uma abertura para outros regimes, pois a lista de peritos a figurar como árbitros deve provir de outras organizações internacionais como, no caso da pesca, da FAO, dispensando qualificação jurídica. O MCSC profere apenas recomendações, fato que o assemelha aos mecanismos de conciliação visto anteriormente (TANAKA, 2012, p. 399). Portanto, nessas disputas que envolvem temas cujas incompatibilidades formaram os maiores obstáculos à I Conferência e à II Conferência, além das limitações de jurisdição estabelecidas na seção III, o *ethos* técnico-científico prevalece e os Estados podem rejeitar completamente as recomendações e acordar quaisquer medidas que desejarem.

A Arbitragem VII pode ser utilizada para dirimir conflitos sobre quaisquer temas e, curiosamente, é o meio residual a ser utilizado caso as partes não indiquem o MCSC de suas preferências ou não cheguem a um acordo sobre qual deles utilizar (BRASIL, 1995). Cada Estado envolvido poderá designar quatro árbitros, cujos nomes devem constar de lista elaborada pelo Secretário-Geral das Nações Unidas. Os árbitros devem ter experiência em questões marítimas e sua reputação deve ser reconhecidamente elevada, mas não é necessário que tenham conhecimento jurídico. Embora as partes tenham liberdade para acordar outros procedimentos, o Anexo VII prevê algumas regras procedimentais, característica que destacadamente gerou a defesa desse MCSC por alguns Estados. As regras procedimentais perante um tribunal arbitral são bem flexíveis, com maior abertura para outras linguagens e outras culturas jurídicas, a interação entre as partes e os árbitros é maior e os procedimentos orais são mais informais do

que os de um tribunal permanente, aproximando esse mecanismo de uma negociação (LOWE; TZANAKOPOULO, 2012, p. 188).

A CIJ — e sua antecessora, a CPJI — é o mecanismo clássico de julgamento de casos sobre o Direito do Mar. Grande parte dos entendimentos desenvolvidos pela Corte em sua atuação foram cristalizados na CNUDM como, por exemplo, o critério da linha da base reta para mensurar a linha de base em costas muito acidentadas (ICJ, 1951); o reconhecimento da zona exclusiva de pesca como uma prática costumeira; o direito de preferência de pesca do Estado costeiro, em determinada zona adjacente à costa, quando há ameaça aos estoques e quando esse estado é muito dependente da atividade pesqueira; e o reconhecimento de uma nova perspectiva internacional em relação à exploração dos recursos naturais marinhos, em que o *laissez-faire* foi relativizado pela necessidade de preservação do meio ambiente marinho⁸⁶ (ICJ, 1974) (KWIATKOWSKA, 2006, p. 155).

Após a Convenção de Montego Bay, é possível observar a diminuição do número de casos sobre o Direito do Mar levados à Corte, talvez devido às novas opções de foros de solução de controvérsias ou em razão do descontentamento dos países com a atuação da CIJ. Em relação à pesca, merece destaque a definição do conceito de “medidas de conservação e gestão”⁸⁷, embora a CIJ não tenha julgado o mérito da disputa (ICJ, 1998), o que reduziu o impacto que o conceito poderia gerar ao ser aplicado (LOWE; TZANAKOPOULO, 2012, p. 191).

Cite-se também recente caso cujo problema jurídico circundava o reconhecimento de projeto japonês como pesquisa científica ou como pesca com outras finalidades. Cumpre salientar que o conflito não integrou as hipóteses de exclusão de jurisdição porque se tratava de atividade desenvolvida no alto mar. Nessa situação, foi possível observar uma atuação menos ortodoxa da corte, que aplicou uma metodologia de análise de provas utilizada pela OMC — embora esse empréstimo conste somente nas declarações singulares e opiniões divergentes de alguns juízes e não no julgamento final — e reconheceu que o projeto japonês se caracterizava como uma pesquisa científica, sem finalidade científica (ICJ, 2014)⁸⁸.

O TIDM é composto de vinte e um juízes eleitos entre os profissionais que gozem da mais alta reputação, imparcialidade e integridade, com competência reconhecida sobre a matéria de Direito do Mar. Deve ser obedecida a representação equitativa dos principais sistemas jurídicos do mundo e a distribuição geográfica (BRASIL, 1995, art. 2(1)(2) e art. 3, Anexo VI). O tribunal deve deliberar sobre as controvérsias relativas à interpretação e à aplicação da CNUDM e

⁸⁶ Em relação a esse último ponto, Lowe e Tzanakopoulos (2012, p. 190) assinalam que esse reconhecimento não produziu desenvolvimentos posteriores e acabou sendo suplantado pela construção da ideia de ZEE.

⁸⁷ Ver nota 79 acima.

⁸⁸ Ver nota 100 abaixo.

de outras Convenções com objetivos similares bem como devem ser observadas as manifestações dos Estados sobre a aceitação de sua jurisdição e as exceções previstas na seção III, Parte XV, da Convenção. Se o conflito versar sobre os fundos marinhos, deve ser levado à Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos, nos termos do art. 14, Anexo VI (BRASIL, 1995), ou a uma câmara especial, a exemplo do ocorrido no caso *Swordfish*.

As câmaras podem ser formadas *ad hoc*, a pedido das partes, ou podem ser permanentes, como a Câmara de Disputas sobre Pesca, a Câmara de Disputas sobre o Meio Ambiente Marinho e a Câmara de Disputas sobre Delimitação Marítima. Além disso, uma Câmara de Procedimentos Sumários deve ser constituída anualmente para tratar dos pedidos de pronta liberação de navios. As sentenças das câmaras devem ser concebidas como se fossem proferidas pelo Tribunal (art. 13(3), art. 14 e art. 15 (1)(2)(3)(5), Anexo VI) e (TANAKA, 2013, p. 408-409).

O TIDM possui jurisdição *ratione materiae* referente a qualquer controvérsia sobre a interpretação e a aplicação da CNUDM e sobre a interpretação e aplicação de outros tratados que lhe confirmam jurisdição ou que as partes acordem conferir-lhe jurisdição (art. 21 e art. 22, Anexo VI e art. 288), exceto os casos previstos na seção III, que serão descritos a seguir.

Diante das inúmeras hipóteses de exclusão da jurisdição do tribunal, observa-se que sua jurisdição compulsória se restringe aos casos de pronta liberação, pesca realizada no alto mar com navios, e ao julgamento de medidas provisórias, mesmo quando o tribunal arbitral solicitado ainda não tenha sido constituído.

Embora não seja objeto do presente estudo, também merecem destaque (i) a competência obrigatória exclusiva da Câmara de Controvérsias para os Fundos Marinhos do TIDM (art. 187 e 287(2)) — com as limitações relativas à arbitragem comercial mencionadas outrora — e (ii) a competência obrigatória concorrente da Câmara de Controvérsias para os Fundos Marinhos do TIDM com uma câmara *ad hoc* dela mesma — câmara da câmara — e com uma câmara especial do TIDM (art. 188) (MAHINGA, 2013, p. 113-115).

Em relação à jurisdição *ratione personae*, o art. 20 estabelece que o tribunal é acessível aos Estados partes — incluindo-se nesse conceito organizações internacionais e regionais, como a União Europeia (UE) (art. 1.º(2)(b)) —, às entidades distintas dos Estados nas situações expressamente previstas na seção V, Parte XI, e nas situações previstas em outros acordos que confirmam jurisdição ao Tribunal e tenham sido aceitos pelas partes. Assim, o TIDM parece admitir como capazes juridicamente outras instituições, além dos Estados (TANAKA, 2012, p. 407), especialmente em relação à jurisdição consensual que pode admitir outras entidades como a OIs e as ONGs (BOYLE, 1997, pp. 39 e 51-52).

O TIDM e sua Câmara de Controvérsias para os fundos marinhos podem decretar medidas provisórias vinculantes às partes se considerarem ter jurisdição, *prima facie*, sobre a controvérsia, ou se considerarem que o tribunal arbitral a ser formado terá jurisdição *prima facie*, a fim de preservar os respectivos direitos das partes na controvérsia ou para impedir danos graves ao meio ambiente marinho (art. 290(1)(5) e art. 25(1)(2), Anexo VI). Ressalte-se que, aqui, há três importantes distinções em relação aos procedimentos da CIJ, haja vista que, ao contrário do que ocorre nesse foro, as medidas provisórias tem efeitos vinculantes às partes; as medidas que o tribunal decretar não precisam ser as solicitadas pelas partes, mas sim as consideradas suficientes para prevenir danos irreparáveis às partes e ao meio ambiente, como de fato ocorreu nos casos *M/V Saiga*, *Southern Bluefin Tuna* e *Mox Plant*; e deve ser sublinhada, especialmente para a presente análise, a ênfase na proteção do meio ambiente marinho, incluindo-se nesse grupo os estoques pesqueiros, como um interesse de toda a comunidade (TANAKA, 2012, p. 411). Conforme é possível inferir, em relação a essa medida em particular, a escolha do foro compulsório que conhecerá do conflito terá grandes consequências (RAO, 2011, p. 03).

O TIDM e a Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos também podem expedir opiniões consultivas, segundo prescrevem os artigos 159(10) e 191, CNUDM, e art. 138, do Regimento Interno do TIDM (2009). Um exemplo de opinião consultiva da Câmara de Controvérsias é o caso 17, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, em que se opinou sobre as responsabilidades e obrigações do Estado patrocinador de empresas que desenvolvem atividades nos fundos marinhos. Assinale-se que, nesse caso, a resposta à opinião consultiva não é uma discricionariedade, como ocorre na CIJ, mas uma obrigação.

As opiniões consultivas a serem respondidas pelo TIDM devem ser previstas em um tratado específico, cujos objetivos sejam correlacionados com os da Convenção, que identifique o TIDM como competente para elucidar as questões e se refiram a uma questão jurídica. Como exemplo, no caso 21, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, a Convenção sobre a Determinação das Condições Mínimas de Acesso e Exploração dos Recursos marinhos, nas Áreas Marítimas sob jurisdição dos Estados Membros da SRFC (MCA), continha previsão da possibilidade de seu secretariado permanente pedir opinião consultiva ao TIDM e o secretariado utilizou-se dessa prerrogativa para indagar o Tribunal sobre as obrigações do Estado da bandeira em casos de atividades de pesca IUU na ZEE de Estados terceiros.

Por fim, a seção III, da Parte XV, aborda limitações e exceções à aplicação da seção II. A primeira delas diz respeito aos direitos soberanos ou de jurisdição previstos na CNUDM, os quais somente são levados aos MCSC estabelecidos na Convenção quando: (i) for alegado que o Estado costeiro afrontou as liberdades e os direitos de navegação, de sobrevoo, de colocação de

cabos e de dutos submarinos e das normas internacionais de proteção e de preservação do meio ambiente marinho; (ii) for alegado que o terceiro Estado utilizou-se das liberdades, dos direitos e dos usos lícitos do mar em violação às disposições da Convenção e às leis adotadas pelo Estado costeiro (art. 297(1)). Conclui-se, portanto, que a jurisdição compulsória do tribunal, além dos casos relativos aos fundos marinhos, refere-se, sobretudo, ao exercício das liberdades, ou seja, como esse vocabulário está sedimentado no Direito do Mar, constitui o *mainstream*, de modo que dificilmente algum tribunal irá manifestar-se declaradamente contrário ao direito à liberdade do uso dos mares, motivo pelo qual foi encontrado consenso quanto à aplicação do MCSC nessa situação.

Em contrapartida, conforme já observado, um grande entrave à aprovação do procedimento de solução de controvérsias da Convenção de Montego Bay foi a relutância dos Estados costeiros em mitigar seus poderes soberanos em relação à pesca e à pesquisa científica marinha. Nesse contexto, a solução de consenso foi permitir aos o direito à liberdade do uso dos mares Estados costeiros a recusa em submeter aos MCSC, da seção II, as controvérsias relativas ao exercício de seus direitos soberanos sobre esses temas na ZEE, incluindo sua prerrogativa de fixar a sua capacidade de captura, a atribuição dos excedentes a outros Estados e, ainda, suas disposições internas de conservação e gestão dos recursos haliêuticos (art. 297(2)(a)(3)(a)). Nesse contexto, caso o Estado que realiza a pesquisa argumente que o Estado costeiro tem agido em desconformidade com os artigos 246 e 253, o litígio somente poderá ser levado ao procedimento de conciliação obrigatória, prevista na seção II e no Anexo V.

Da mesma forma, se for alegado que o Estado costeiro tenha manifestamente se omitido em relação à conservação dos recursos vivos da ZEE, derrocando na ameaça ou depredação dos estoques ou, ainda, tenha arbitrariamente se recusado a fixar a captura permissível e a atribuir a outros Estados a totalidade ou parte do excedente de captura que tenha declarado existir, após o esgotamento dos mecanismos previstos na seção I, a controvérsia pode ser submetida somente ao procedimento de conciliação prevista na seção II e no Anexo V (art. 297(3)(b)).

Observa-se, portanto, que tais disposições da Convenção refletem que a conservação dos recursos marinhos não é colocada em primeiro plano, apesar das disposições do art. 290(1)(5), pois a discricionariedade das soberanias estatais não pode ser mitigada pela falha na proteção ao meio ambiente, cabendo somente a aplicação de medidas de responsabilidade em caso de danos, ou seja, o Direito só consegue se sobrepor à soberania após os desastres.

O artigo 298, por sua vez, dispõe sobre exceções facultativas à aplicação dos MCSC estabelecidos na seção II, comunicadas pelos Estados por meio de declaração no momento da assinatura ou ratificação da CNUDM, conforme especificado a seguir: (i) litígios relativos à

interpretação e à aplicação dos artigos que se referem à delimitação do mar territorial, ZEE e plataforma continental em Estados com costas adjacentes, ou situadas frente à frente, ou às baías, ou títulos históricos; (ii) controvérsias decorrentes de atividades militares ou de atividades destinadas a fazer cumprir normas legais correlatas ao exercício de direitos soberanos ou da jurisdição; (iii) conflitos sobre os quais o Conselho de Segurança das Nações Unidas exerça funções que lhe são conferidas pela carta da ONU (art. 298 (1)).

A apresentação desse panorama foi necessária para demonstrar que o regime do Direito do Mar aborda o tema da pesca de forma pulverizada em diversos instrumentos e organizações. Em relação aos direitos materiais previstos na CNUDM, os interesses comerciais, sobretudo incorporados na semântica da liberdade e da soberania, sobressaem, e os deveres de conservação e gestão dos recursos vivos, que se limitam à genérica obrigação de cooperar, seguem sob uma perspectiva fragmentada em relação às distintas zonas marinhas e às diversas espécies de recursos vivos.

Os instrumentos posteriores buscaram equilibrar mais os aspectos econômicos e ambientais envolvidos na pesca e adotaram semânticas preservacionistas, tais como: o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da precaução, a abordagem da integridade ecossistêmica, a obrigação de fiscalização e a adoção das medidas cabíveis pelo Estado de bandeira para evitar que navios que arvoem seu pavilhão realizem pesca IUU e o detalhamento da obrigação de cooperar, de modo a torná-la mais concreta. No entanto, alguns desses instrumentos se configuram como *soft-law*, abrindo margem para a adesão parcial, “e aqueles [instrumentos] que se estruturam como *hard-law*, ainda não possuem grande quantidade de ratificações.

Em relação aos procedimentos previstos na CNUDM, em especial ao MCSC, constatou-se que a necessidade de conciliar os interesses divergentes impossibilitou a formação de um corpo judicial coeso, já que se formou um “arranjo de órgãos judiciais”, *ad hoc* e permanentes, sem hierarquia, uma espécie de hidra multicéfala. Verificou-se que unicamente as controvérsias sobre pesca em alto mar podem ser decididas pelo TIDM; em relação às demais regiões da planificação marinha, prevalece a possibilidade de levar as disputas somente a mecanismos conciliatórios e, em muitos casos, os Estados podem realizar objeções materiais, inviabilizando sequer o diálogo.

Nessa perspectiva, observa-se que, a fim de alcançar a adesão universal da CNUDM, sobretudo material, foi permitida uma grande relativização procedimental, o que possibilita a “colonização” do regime do Direito do Mar por outros com vocabulários hegemônicos.

Em contrapartida, em meio à desilusão que essa constatação ocasiona, Boyle (1997, p. 47) recupera as esperanças no que se refere ao importante papel que os tribunais internacionais continuam a exercer no cenário internacional, embora a ingenuidade seja um extremo que deva ser evitado:

Elsewhere, and especially on those issues where disputes have been most numerous — fisheries and boundaries — we can see that the fragmentation resulting from the salami-slicing of issues leaves a largely empty shell which can be filled only if the parties agree on consensual submission of the dispute to whatever forum they choose. This does not mean there will be no cases on the Convention before international tribunals — all the arbitrations and most of the International Court's cases which have dealt with law of the sea issues until now have been cases of consensual, not compulsory, jurisdiction. Rather, it does remind us not to exaggerate the significance of compulsory jurisdiction in the judicial settlement of disputes.

Desta feita, no próximo capítulo, serão apresentados e analisados os poucos casos sobre pesca que conseguiram ultrapassar o *cafeteria approach* e o *salami-slicing* e que foram julgados pelo TIDM. Verificar-se-á também como ocorre o diálogo entre o TIDM e a OMC, sinalizando-se citações, silêncios e semânticas dominantes.

Antes disso, o próximo tópico enfrentará o mesmo desafio de tecer considerações sobre a estrutura do OSC da OMC e de demais temas relevantes que possibilitem a compreensão de sua atuação em casos que envolvam os recursos pesqueiros.

2.2 Considerações sobre a estrutura da Organização Mundial do Comércio e sobre seu Órgão de Soluções de Controvérsias

A formação do OSC da OMC foi brevemente narrada no capítulo I para justificar a classificação do Comércio Internacional como um regime. É chegado o momento de aprofundar a análise sobre a estrutura da OMC e do OSC, a fim de identificar os parâmetros que guiam a resolução de controvérsias e as possibilidades de interação com outros regimes. A ordem a ser seguida obedecerá à do item anterior. Desta feita, serão tecidos comentários sobre as atribuições e os limites da organização, bem como sobre sua estrutura; serão identificados o vocabulário utilizado e as possibilidades de sua abertura para a incorporação de vocabulários externos; será determinada sua competência *ratione personae* e *ratione materiae*; e, por fim, serão apresentadas as possibilidades de comunicação com outros regimes e outros acordos relevantes do regime para a temática de pesca.

Antes mencionar outras questões, duas observações muito importantes devem ser realizadas. A primeira diz respeito ao fato de que os acordos da OMC não trazem obrigações ou direitos substantivos em relação à pesca ou à preservação dos estoques, como o faz a Convenção de Montego Bay, já que, via de regra, a OMC entende os recursos haliêuticos como *commodities*, de modo que não há a pretensão de determinar direitos materiais em relação a nenhum produto ou serviço, atribuição dos Estados ou blocos regionais. A função da OMC é manter o fluxo do comércio e identificar as medidas domésticas que restringem o comércio legitimamente e as não permitidas. Há situações específicas reguladas de forma diversa, como o comércio de espécies ameaçadas, mas a determinação das obrigações, nessa hipótese, é realizada pelo CITES, e não pela OMC.

A segunda refere-se ao fato de o órgão de solução de controvérsias da OMC não se classificar ortodoxamente como um tribunal. Em sua tessitura inicial, o OSC era identificado como um órgão de conciliação e arbitragem — inclusive esse foi o espírito gerou a tradução oficial do termo *dispute settlement mechanism* para a língua portuguesa. No entanto, com o passar dos anos, sua estrutura assemelhou-se cada vez mais com a de um tribunal (VARELLA, 2014, p. 462), o que pode ser explicado tanto pela lógica de uma segunda instância de revisão com a finalidade de unificação dos precedentes (*stare decisis*), como pela existência de um mecanismo para supervisão da aplicação das recomendações e decisões e, ainda, pela grande legitimidade e efetividade de suas decisões. Por exemplo, a porcentagem de cumprimento de suas decisões chega a 75%, número que inclui casos em que Estados desenvolvidos, que preferem perdas pontuais para conseguir manter a legitimidade do regime do Comércio (VARELLA, 2014, p. 473), são condenados. Mas a história nem sempre foi assim.

2.2.1 Da frágil estrutura do GATT/1947 para a atual complexidade do OSC da OMC

O GATT/1947 não continha a previsão de um órgão de solução de controvérsias, em razão de sua estrutura institucional tênue e da ausência de uma prática internacional de formação de organizações multilaterais, uma vez que sequer era possível submeter o caso a um tribunal internacional, como a CIJ. As disputas ocorridas nos primeiros anos do GATT eram resolvidas por via diplomática ou aplicando-se os artigos XXII e XXIII (consultas) (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 93-95).

Ao longo dos anos, construiu-se uma prática de formação de grupos de trabalho para elaborar relatórios sobre as reclamações e recomendar soluções. Em 1952, foi acrescida, ao GATT, uma regulamentação sobre os procedimentos para a formação de painéis, porém foi na

Rodada de Tóquio, entre 1973 e 1979, que foi estabelecido um entendimento sobre soluções de controvérsias mais consolidado (BARRAL, 2004, p. 32).

O procedimento do GATT era embrionário e apresentava muitas limitações. A principal delas é a regra de consenso, aplicável tanto a instalações dos painéis quanto à adoção dos seus relatórios, o que recorrentemente possibilitava o bloqueio. Por isso, a Abi-Saab (2005) classificou o sistema de solução de controvérsias do GATT, nesse primeiro período, como uma espécie de conciliação.

A OMC foi criada com o propósito de dar maior segurança institucional ao sistema do GATT/1947, assim o seu OSC é marcadamente mais *rule-oriented*. É nesse sentido que, por exemplo, o ESC é obrigatório a todos os membros da organização, os quais, por sua vez, não podem afastá-lo sob o argumento de litispendência (VARELLA, 2014, p. 462) (BRASIL, 1994, art. II). Outro exemplo é a inversão da regra do consenso, ou seja, a adoção de um relatório só pode ser rejeitada se todas os membros assim o desejarem ou se algumas das partes comunicar a intenção de apelar (BRASIL, 1994, Anexo II, art. 16(4)).

Segundo o ESC, a solução de controvérsias entre os membros da OMC é atribuição do OSC, cuja composição integra todos os membros da organização. Os procedimentos de solução de controvérsias obrigatórios são as consultas entre os membros envolvidos e a formação dos grupos especiais (painéis). Além do OA, as partes também podem recorrer aos bons ofícios, à conciliação e à mediação (BRASIL, 1994, Anexo II, art. 5) e à arbitragem (BRASIL, 1994, Anexo II, art. 25).

Observa-se que, aqui, assim como no TIDM, houve uma busca em satisfazer todos os interesses envolvidos para garantir ampla adesão. No entanto, no presente regime, a utilização do grupo especial seguido pelo OA é bem mais enfatizado no Anexo, e a grande efetividade tanto no prazo de resolução dos conflitos como no cumprimento motivam os Estados a buscá-lo mais. Ademais, é possível observar que os demais meios foram incorporados, adequando-os ao modelo da OMC. Por exemplo, o art. 25(3) estabelece que o procedimento de supervisão da implementação das recomendações e de compensação e suspensão de concessões é também aplicado nas arbitragens. Já o art. 5.º estabelece que o Diretor-Geral da OMC poderá oferecer seus bons ofícios, sua conciliação ou sua mediação e que esses procedimentos não excluem o pedido de formação de grupo especial (BRASIL, 1994, Anexo II) (BARRAL, 2004, p. 46-51).

Para efeitos da presente pesquisa, será analisado o procedimento *standard* de solução de controvérsias, não desconsiderando que existem essas outras formas de resolução de conflitos e que os próprios acordos específicos sobre o comércio podem prever procedimentos diferenciados.

2.2.2 O Mecanismo de Solução Compulsória de Controvérsias da OMC

O ESC estabelece que o procedimento se inicia com a consulta entre as partes e um eventual pedido posterior de formação de painéis, como ocorreu no GATT/1947. Os painéis são formados mediante a solicitação de uma das partes, caso a disputa não seja resolvida por meio das negociações e são compostos por três painelistas, geralmente diplomatas, acadêmicos ou funcionários governamentais, escolhidos em uma lista de nomes disponibilizada pela Secretaria da OMC. Os trabalhos dos painelistas devem ser concluídos em até seis meses (BRASIL, 1994, Anexo II, arts. 8 e 12(8)) (VARELLA, 2014, p. 467).

Aos painéis, incumbe examinar a questão submetida, à luz das regras indicadas pelas partes, e estabelecer conclusões que auxiliem o OSC a elaborar recomendações às partes ou mesmo emitir decisões (BRASIL, 1994, Anexo II, art. 7(1)). Para tanto, as partes e o painel devem acordar o termo de referência, indicando os limites para a competência jurisdicional do painel e o padrão de revisão (*standard of the review*) que será adotado para fins de avaliar se a conduta do Estado demandado (seja por lei interna ou outra conduta) afronta as normas da OMC. As recomendações dos painéis e as decisões do OA não podem aumentar ou diminuir os direitos e as obrigações enunciados nos instrumentos. Ao sinalizar esse padrão, o painel se desobriga de analisar todos os argumentos levantados pelas partes, analisando somente aqueles que julgar pertinentes, situação que será explanada no capítulo 3 e que foi criticada em alguns casos pelo OA (VARELLA, 2014, p. 467) (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 50-51, 104).

O painel, ao contrário do OA, poderá apreciar tanto questões de fato quanto questões de direito. Nesse contexto, Flett (2015, p. 290-295) aponta que uma possibilidade de interação do regime do Comércio com regras externas ocorre quando estas aparecem como fatos ou evidência de fatos. Por exemplo, em muitos casos, outros tratados, leis internas e julgamento de cortes domésticas são utilizados como evidência para comprovar um fato — a exemplo da preocupação internacional com a conservação dos recursos naturais — ou como argumento para a adoção de determinada medida interna. Essa forma de interação está bastante presente nos casos analisados, inclusive há alguns casos em que disposições da Convenção de Montego Bay são apresentadas como argumento para comprovação fática⁸⁹.

Após as rodadas de argumentação das partes e a eventual produção de provas, fases que serão melhor debatidas adiante, o painel apresenta às partes, em caráter confidencial, o esboço de seu relatório contendo os fatos e as argumentações para que se manifestem. Em seguida, há a

⁸⁹ O mesmo ocorre no TIDM, com a particularidade de que, nos julgamentos deste, as normas externas ao regime, mencionadas para definição dos fatos, são, predominantemente, leis internas e julgamento de cortes domésticas, documentos das Nações Unidas e casos da CIJ.

distribuição do relatório provisório, em que as partes ainda podem suscitar revisões. Por fim, é publicado o relatório final, cuja adoção obedecerá à lógica do consenso inverso, conforme já mencionado (BRASIL, 1994, Anexo II, arts. 9, 14, 15, 16) (VARELLA, 2014, p. 468-469).

Abi-Saab (2005, p. 9) ressalta que o procedimento dos painéis assemelha-se à arbitragem, pois o processo fica muito “nas mãos” das partes. Nesse sentido, fala-se em “termo de referência” (art. 7.º), que deve ser acordado entre as partes; indicação de painelistas; e nas várias fases que precedem a publicação do relatório final e estimulam a negociação entre as partes.

Observa-se, então, que o sistema de solução de controvérsia da OMC foi estruturado em um crescente jurisdicional. Inicia-se com um mecanismo político e diplomático (consultas), depois um procedimento assemelhado à arbitragem (painel), desembocando no OA, cujo formato é semelhante ao de um Tribunal Internacional. É possível inferir que essa organização foi o modo encontrado para possibilitar a ampla adesão aos produtos decorrentes da Rodada do Uruguai.

Nesse sentido, o Órgão de Apelação caracteriza-se por ser uma instituição permanente, formado por sete indivíduos de reconhecida competência nos temas de direito, comércio internacional e demais assuntos versados nos tratados (BRASIL, 1994, Anexo II, arts. 17(3)). Logo, tanto na OMC quanto no TIDM, uma das atribuições dos juízes é conhecer o vocabulário específico e o *ethos* do regime.

Em cada caso, atuam três desses juízes, que devem receber e analisar as apelações das decisões dos painéis. A revisão deve se ater somente a questões de Direito, razão pela qual Abi-Saab (2005, p. 10) esclarece que o termo “apelação” faz, aqui, referência ao sistema *common law*, já que no *civil law* a apelação reabre o exame também dos fatos.

A distinção entre fatos e Direito é problemática, de modo que, às vezes, é difícil distinguir os fatos da caracterização jurídica de um fato. Em outras situações, como foi acima mencionado, o direito de outros regimes é utilizado como argumento fático. Por essa razão, o OA tem adotado uma interpretação extensiva e muitas são as situações em que se adentra em questões que são facilmente classificáveis como fáticas (FLETT, 2015, p. 293-295).

No procedimento perante o OA, as partes apresentam suas razões escritas e são realizados debates orais. Em seguida, o tribunal tem de elaborar sua decisão de forma confidencial e pode confirmar, modificar ou revogar as decisões e recomendações do painel. Nesse contexto, Amaral Júnior (2008, p. 48-49) esclarece que, em muitos casos, o OA não tem concordado com as fundamentações adotadas pelos painéis, embora seja comum acordar com as conclusões. Conforme será evidenciado no capítulo seguinte, a prática do OA tem sido a de modificar a fundamentação dos painéis, construindo um sistema de precedentes que gera

expectativas sobre o comportamento do tribunal na audiência e revela como os advogados devem argumentar para defender seus clientes nesse foro (BARRAL, 2004, p. 48-49) (CRAWFORD E NEVILL, 2015, p. 247).

A decisão do OA é definitiva e o OSC deve apreciá-la em, aproximadamente, seis meses após a decisão do painel. A adoção ocorre pela regra do consenso negativo; após a adoção, inicia-se um período de supervisão da aplicação das recomendações ou decisões que demora, aproximadamente, de três a quinze meses. Nessa fase, o OSC irá acompanhar as medidas adotadas internamente pelo Estado demandado, a fim de compatibilizar sua política e/ou legislação com as regras da OMC. O espírito desse procedimento não é a retaliação, já que seus efeitos não são benéficos para a circulação de mercadorias, mas a retomada do comércio internacional. Caso a adaptação não ocorra, o Estado demandante é autorizado a compensar ou suspender concessões, em especial, vantagens tarifárias, por período temporário, a produtos exportados pelo Estado demandado (BRASIL, 1994, Anexo II, arts. 21 e 22) (BARRAL, 2004, p. 52-54).

Aqui, encontram-se as duas principais características inovadoras do sistema de solução de controvérsias da OMC que lhe atribuem alto grau de efetividade: um prazo específico (e curto) para todo o procedimento de solução de controvérsias, aproximadamente dezoito meses, exceto em situações em que há necessidade de retaliação; e a existência de um mecanismo de supervisão da implementação das medidas⁹⁰. As decisões do OSC acabam sendo aplicadas, inclusive em se tratando da condenação de Estados desenvolvidos, devido a dois principais fatores: interesse dos estados em manter a legitimidade e efetividade do regime e a pressão externa para o cumprimento das decisões do órgão de apelação e dos painéis. (VARELLA, 2014, p. 462 e 472-473)⁹¹.

As iniquidades e os limites desse procedimento são visíveis e, nas críticas apontadas, mantém-se o caráter confidencial da tomada de decisões tanto do painel quanto do OA. O art. 17(11), do Anexo II, garante o anonimato das opiniões expressadas individualmente pelos juízes. Também são incertos os parâmetros para avaliar se a decisão foi cumprida, pois podem ser realizadas mudanças legislativas internas superficiais que não imprimam mudança na prática do Estado; assim como as medidas compensatórias podem ser instrumentalmente utilizadas como

⁹⁰ Conforme salienta Galindo (2014, p. 88), o mecanismo de fiscalização do cumprimento de decisões da OMC é a forma de cumprimento de decisões compulsórias que mais se assemelha à ‘abordagem jurídica para a organização do mundo’, proposta por Kelsen no livro “A paz pelo direito”, a fim de proporcionar a paz mundial. Para maiores informações a respeito, ver Galindo, 2014.

⁹¹ A respeito da efetividade do OSC no regime do Comércio Internacional, o Diretor Adjunto da OMC, entre os anos 2002 e 2013, Rufus Yerxa (2005, p. 04), informa que: *“These are some of the basic realities one has to keep in mind when examining the WTO dispute settlement process. The WTO system works only to the extent Members want it to work, and only if they decide that compliance is in their overall economic interest. It therefore rests on the credibility of the rules, and also on the credibility of the dispute settlement decisions. In fact, we see a large number of cases where Members do comply, and retaliation for non-compliance has, in the past, been limited to a few disputes”* (grifou-se).

forma de protelar a adoção de mudanças efetivas. Há, ainda, problemas de ordem fática, por exemplo, se o Estado autorizado a suspender concessões for economicamente inexpressivo, se tiver um volume de importações inexpressivo ou se for dependente dos produtos importados, o Estado exportador sentirá muito pouco (VARELLA, 2014, p. 474) (BARRAL, 2004, p. 53-54). Nesse contexto, os países do Terceiro Mundo, em sua maioria, exportadores de *commodities* e importadores de bens com valor agregado e tecnologia, são prejudicados.

A competência *ratione personae* é atribuída aos Estados que são membros da OMC. Situação particular ocorre em relação aos territórios aduaneiros — como Hong Kong, Macau e Taipé Chinesa⁹² — e à UE que foram aceitos como membros da OMC (BRASIL, 1994, art. XXIV) (BARRAL, 2004, p. 39). Logo, a personalidade internacional foi adequada para permitir a ampliação dos fluxos comerciais.

A questão da participação dos Estados de Terceiro Mundo, que foram incluídos formalmente, muito embora sua inclusão real seja controversa. Assim como na CNUDM, o ESC prevê alguns dispositivos específicos aplicáveis aos “países em desenvolvimento” e outros aos “países de menor desenvolvimento relativo”. No entanto, assim como ocorre com a CNUDM, essas previsões normativas são genéricas e pouco contribuem para minorar as disparidades entre os Estados tanto na atividade do comércio internacional quanto na litigância. Por exemplo, a previsão do art. 8(10) (inclusão de membro de país em desenvolvimento no painel) não é suficiente para influenciar no resultado final, pois esse painalista será minoria. De mesma forma, o art. 12(10) (possibilidade de extensão de prazo para o país em desenvolvimento apresentar seu recurso nos painéis) não terá efeito nenhum se o Estado sequer conseguir ter um corpo técnico qualificado que saiba utilizar o vocabulário do regime ou manter uma missão permanente em Genebra. Ademais, a jurisprudência da OMC tem sido conservadora ao aplicar a regra sobre o tratamento especial e diferenciado, o que tem desencorajado os Estados a suscitá-la (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 121-125).

Amaral Júnior (2008, p. 124) compila as principais dificuldades enfrentadas por esses Estados nos seguintes termos: “elevados custos econômicos do litígio, o temor de reações adversas por parte dos países desenvolvidos, a falta de experiência e capacitação técnica, além da ineficácia das regras sobre a execução das decisões”.

O doutrinador menciona a proposta de retaliação coletiva em face de um Estado desenvolvido, apresentada pelo Grupo Africano, Quênia, Cuba e Honduras (2008, p. 114), como mecanismo para minorar essas disparidades. Já Barral (2004, p. 42) cita a iniciativa de uma organização intergovernamental independente da OMC, a *Advisory Law Centre on WTO Law*, de

⁹² Nome utilizado pela República da China para participar de organizações internacionais.

capacitar, inclusive tecnologicamente, representantes dos Estados de Terceiro Mundo com as ferramentas necessárias para litigar em suposta igualdade com os representantes dos Estados desenvolvidos.

O ESC permite que Estados terceiros que um “interesse concreto” na solução da disputa possam dela participar, com espaço para manifestar-se na audiência dos painéis e poderá demonstrar apresentar informações escritas. No OA, os terceiros interessados não podem apelar, mas podem apresentar relatórios escritos e serem ouvidos. Nos casos do OSC da OMC, verifica-se que o número de terceiros interessados é sempre grande. Membros como a UE e os Estados Unidos figuram em praticamente todos os painéis, pois tentam influenciar a adoção de interpretações que não sejam contrárias aos seus interesses (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 42-43).

Não há previsão específica para a participação de *amicus curiae*; no entanto, o painel tem recebido informações de entidades não estatais — ONGs, entidades acadêmicas e atores privados — como parte de seu direito de buscar informações (BRASIL, 1994, Anexo II, art. 13). O OA, por sua vez, tem aceitado a participação de *amicus curiae* com base na obrigação geral do OA de adotar os procedimentos que não conflitam com o ESC e com os demais acordos. Os primeiros casos que geraram esse entendimento foram o US-Tuna I e US-Tuna II, que serão analisados no próximo capítulo (YOUNG, 2013, p. 220).

Esse mecanismo tem sido muito utilizado por ONGs e outras OIs em casos da OMC que envolvem pesca e que geram grandes possibilidades para a oxigenação do vocabulário comercial. No entanto, sua invocação ainda é limitada, talvez por receio da OMC diante das opiniões contrárias a essa possibilidade. Nesse sentido, Young (2013, p. 223) afirma que houve poucos casos em que o OA considerou as informações prestadas por *amicus curiae* na construção de suas decisões.

O mesmo dispositivo é suscitado quando o painel ou as partes solicitam a ajuda de peritos, especialmente necessários em casos envolvendo argumentos científicos. Por exemplo, esse procedimento foi utilizado no caso *Shrimp-Turtle*, em que o painel consultou *experts* sobre o habitat e o movimento migratório das tartarugas e as possíveis abordagens protetivas, e em outros casos como o *EC-Biotech* e *EC-Hormones*. Essa previsão é muito importante para possibilitar a abertura para outros vocabulários, pois, em suas respostas, os cientistas fazem muitas referências a documentos de outros regimes (YOUNG, 2013, p. 212).

Como aponta Flett (2015 p. 300), a margem de discricionariedade dos painéis e do OA, para considerarem e mencionarem as informações fornecidas pelos peritos, ainda é incerta. A esse respeito, ele cita como exemplos os casos *US-Continued Suspension* e *Canada-Continued*

Suspension, em que o OA criticou o painel por ter se embasado muito nos relatórios dos *experts*. Logo, ainda se tratam, infelizmente, de irritações que não têm logrado receptividade pelo OA.

O mesmo art. 13 possibilita aos painéis da OMC a faculdade de solicitar consultas aos secretariados de outras organizações internacionais, como ao do CITES, da Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) ou da FAO. Young (2013, p. 215-216) afirma que poucos foram os casos em que essas consultas foram realizadas e menor ainda é o número de situações em que as decisões foram embasadas nesses relatórios. Ainda segundo a pesquisadora (2013, p. 216):

The general reluctance of WTO adjudicating bodies to consult IGOs is manifest in a variety of other ways. First, in the small number of cases where panels have engaged in IGO consultation, panels have consulted IGOs in a restrictive way. Second, panels have often failed to consult in circumstances where the parties have deemed such consultation to be necessary. Thirdly, adjudicating bodies have failed to consult with IGOs when the dispute involve norms exogenous to the WTO and in which certain IGOs have particular competences.

A competência *ratione materiae* está prevista no artigo XXIII, GATT. A partir desse dispositivo, verifica-se que um caso pode ser levado ao OSC em razão de um dano provocado por outro Estado, devido à suposta violação às regras da OMC, e também em razão do impedimento de ganhos comerciais, devido à imposição doméstica de medidas contrárias ao sistema do livre comércio (VARELLA, 2014, p. 465-466).

Desta feita, o GATT permite seis tipos de reclamações com fundamentos jurídicos distintos. Primeiramente, deve-se demonstrar que: *i*) um benefício decorrente de um acordo comercial está sendo anulado ou prejudicado; ou *ii*) o alcance de um objetivo do acordo está sendo impedido. Em seguida, deve-se apontar que esses eventos decorrem:

“(a) do não cumprimento por outra das Partes Contratantes dos compromissos pela mesma assumidos em virtude do presente Acordo [há violação da norma da OMC]; (b) da aplicação por outra das Partes Contratantes de uma medida, contrária ou não às disposições do presente Acordo [não há violação à regra da OMC]; ou (c) da existência de qualquer outra situação” (BRASIL, 1994, art. XXIII).

Barral (2004, p. 36) esclarece que poucos foram os casos de reclamação sem existência de dano e não houve caso de reclamação decorrente de outra situação. Isso ocorre porque uma vez comprovada que a norma ou medida doméstica violaram o acordo da OMC, o dano é presumido.

A seguir, analisar-se-á como o meio ambiente e a pesca são percebidos pelo *ethos* do regime do Comércio Internacional.

2.2.3 O regime do Comércio Internacional, a pesca e o meio ambiente

O tema da pesca sustentável está relacionado à proteção do meio ambiente marinho. Desta feita, é importante fazer uma breve exposição sobre as previsões contidas no regime do Comércio para a assimilação de vocabulários conservacionistas e de possibilidades de limitação à liberdade do comércio em prol da preservação das espécies pesqueiras. Ressalte-se que o foco desse momento é discorrer sobre o meio ambiente somente na medida em que este se conecta à pesca.

A redação original do art. XX, GATT/1947, já apresentava a possibilidade de restringir o comércio, a fim de proteger a moralidade pública, a saúde e a vida humana e dos animais, a preservação dos vegetais e a conservação dos recursos naturais esgotáveis. No entanto, a relação entre comércio e meio ambiente foi estabelecida internacionalmente de forma mais estreita só na Conferência Internacional do Meio Ambiente Humano de Estocolmo, em 1972, oportunidade em que o Secretariado do GATT/1947 produziu o relatório “*Industrial Pollution Control and International Trade*”. No mesmo período, o Conselho de Representantes do GATT estabeleceu o *Group on Environmental Measures and International Trade*, constituído de forma *ab hoc*, a pedido das partes. Esse grupo não foi acionado até 1991 (WTO, 2014, *Trade and the environment*, p. 3-4).

A postura do GATT/1947 em relação aos temas correlatos ao comércio (os “*trade and...*”) foi fortemente criticada durante esse período. Sob o argumento de evitar que barreiras de cunho ambiental fossem utilizadas indiscriminadamente como forma de barrar as importações de alguns países, a interpretação do art. XX foi realizada de forma bastante restritiva (WTO, 2014, *Trade and the environment*, p. 3-4), como comprova o caso *Tuna-Dolphin*, que será analisado no próximo capítulo.

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável (Eco 92) foi um importante momento para romper o isolamento do comércio e interligá-lo ao meio ambiente. Nessa conferência, foi desenvolvido o princípio do desenvolvimento sustentável, posteriormente incorporado ao preâmbulo da carta constitutiva da OMC em 1994 (YOUNG, 2015, p. 328).

Ressalte-se que a OMC reconhece em suas publicações oficiais que sua competência em relação ao meio ambiente é limitada às políticas comerciais e aos aspectos das políticas ambientais que afetam o comércio (WTO, 2014, *Trade and the environment*, p. 6). Assim, a partir dessa declaração, o regime do Comércio reitera a superioridade do seu *ethos* e deixa expresso que outros vocabulários (ou irritações) poderão ser incorporados, se não prejudicarem sobremaneira o comércio. Tais assertivas são confirmadas, por exemplo, pela postura do OSC no caso *Shrimp-*

Turtle, em que o Painel e o OA afirmaram inúmeras vezes que o comércio não deve impedir a proteção ao meio ambiente, no entanto, ao final, a semântica comercial prevalece.

Ato contínuo, na Rodada do Uruguai foi criado na estrutura da OMC um Comitê para o Comércio e o Meio Ambiente (CTE) com a tarefa de identificar a relação entre ambos e recomendar medidas a serem adotadas a fim de implementar o desenvolvimento sustentável. Esse comitê tem desenvolvido um interessante trabalho de diálogo com outros regimes sobre temas afeitos ao meio ambiente (YOUNG, 2013, p. 80-81).

Em relação à pesca, o CTE tem cooperado com o secretariado de outras organizações internacionais, como a Divisão das Nações Unidas para Assuntos Oceânicos e Direito do Mar (DOALOS), a FAO e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA); de outros AMAs, como CITES e CBD; e, ainda, com ONGs, como a União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (IUCN) e o Fundo Mundial para a Natureza (WWF). Também elaborou um estudo sobre 20 AMAs que preveem o controle do comércio, a fim de evitar danos ao meio ambiente (WTO, *WTO Matrix on Trade-Related Measures Pursuant to Selected Multilateral Environmental Agreements (MEAs)*) e, no final de 2015, promoveu um debate entre Estados para a troca de ideias boas práticas para o combate da pesca IUU (WTO, *WTO members weigh in on measures to tackle illegal fishing*).

Outros acordos internos ao regime do Comércio também são relevantes para o tema da pesca e propiciam interações com outros regimes. Nesse contexto, foram selecionados os mais comentados pela doutrina e pela jurisprudência do OSC.

2.2.4 Os meios de comunicação previstos no GATT/1994 e no ESC e os diálogos com acordos importantes sobre a pesca no regime do Comércio Internacional

O regime do Comércio Internacional não reconhece sua autonomia em relação ao Direito Internacional geral, mas se concebe como *lex specialis*. Desta feita, além do uso dos artigos 31 a 33 e de outros dispositivos da CVDT já mencionados outrora, o art. 3(2) do ESC estabelece que o MCSC é importante para esclarecer as disposições dos acordos aplicáveis ao regime do Comércio, em conformidade com as interpretações do Direito Internacional público (BRASIL, 1994, Anexo II).

Ao contrário da CNUDM, nem o acordo constitutivo da OMC, nem o ESC incluem explicitamente outras regras do Direito Internacional como parte do Direito aplicável. No entanto, a partir do entendimento da natureza dos documentos basilares da OMC como legitimados pelo Direito Internacional geral, não é mais necessária essa menção. Ademais, a

doutrina reconhece que o Direito Internacional geral e as normas externas à OMC são importantes para suprir lacunas existentes, por exemplo, em relação ao ônus da prova, aplicação retroativa dos tratados ou erro na formação do tratado (PAUWELYN, 2003, p. 998 e 1002).

Além do Direito Internacional geral, outros acordos internos e externos ao regime do Comércio são relevantes para entender como este regime tem considerado medidas que dificultam a liberdade de circulação de mercadorias sob o argumento da preservação das espécies marinhas.

Um desses instrumentos é o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias ou Fitossanitárias (SPS)⁹³, que está contido no conjunto de acordos multilaterais de comércio previstos no Anexo I, da carta constitutiva da OMC. O referido acordo objetiva definir medidas que limitem à importação de produtos, a fim de proteger a vida e a saúde humana, animal ou vegetal, não sejam utilizados de forma indiscriminada, de modo a prejudicar o comércio (BRASIL, 1994, Anexo I).

Em seu preâmbulo, o instrumento estimula a adoção de medidas sanitárias e fitossanitárias domésticas em consonância com a “Comissão do Codex Alimentarius, o Escritório Internacional de Epizootias e as organizações internacionais e regionais competentes que operam no contexto da Convenção Internacional sobre Proteção Vegetal” (BRASIL, 1994, Anexo I, Anexo A). Desta feita, o acordo expressa, em seu preâmbulo, a necessidade de diálogo com outros vocabulários, especialmente os de cunho científico.

Os dispositivos centrais do acordo SPS são o art. 2.º e 5.º. O art. 2.º estabelece uma interpretação restritiva do uso das medidas (“qualquer medida sanitária e fitossanitária seja aplicada apenas na medida do necessário para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal”) e requer que essas medidas estejam suficientemente embasadas em estudos científicos, à exceção do disposto no art. 5.º(7), que será comentado abaixo (BRASIL, 1994, Anexo I, art. 2 (2)).

Já o art. 5.º(1) estabelece que as medidas sanitárias devem consistir em um estudo de “avaliação de risco”. No entanto, não são dispostos elementos que permitam esclarecer no que consiste uma avaliação de risco, por exemplo, quem pode realizá-la. Assim, ficam em aberto questionamentos como: o juiz deve se ater à exposição dos *experts*, oportunizando uma espécie de

⁹³ O Anexo A do acordo SPS define as medidas sanitárias e fitossanitárias como: “1. Qualquer medida aplicada: (a) para proteger, no território do membro, a vida ou a saúde animal ou vegetal dos riscos resultantes da entrada, do estabelecimento ou da disseminação de pragas, doenças ou organismos patogênicos ou portadores de doenças; (b) para proteger, no território do membro, a vida ou a saúde humana ou animal dos riscos resultantes da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal; (c) para proteger, no território do membro, a vida ou a saúde humana ou animal de riscos resultantes de pragas transmitidas por animais, vegetais ou por produtos deles derivados, ou da entrada, do estabelecimento ou da disseminação de pragas; ou (d) para impedir ou limitar, no território do membro, outros prejuízos resultantes da entrada, do estabelecimento ou da disseminação de pragas” (Brasil, 1994, Anexo I, Anexo A, art. 1).

gerenciamento, ou analisar questões científicas? Como um juiz pode avaliar questões científicas? Há, ainda, o grande problema da incerteza científica, conforme Flett (2015, p. 300) ressalta:

On other occasions, in expressing general views about whether one or other measure might or might not be justified, scientists (we sometimes refer to them as ‘political scientists’) sometimes appear not to appreciate the point at which their role as scientists ends, and the role of the risk manager begins; or appear to welcome the opportunity to step into the unfamiliar arena of a court room and express their personal views.

O art. 5.º(6), por sua vez, pretende impor uma medida de proporcionalidade entre as medidas restritivas adotadas e o comércio, dispositivo que também não é autoevidente. Dessa forma, resta saber quais os parâmetros que o tribunal terá para se imiscuir na política interna dos Estados e identificá-las como desproporcionais. Um *expert* poderia avaliar essa questão?

O art. 5.º(7) excepciona o embasamento em estudos científicos conclusivos quando as evidências científicas ainda forem insuficientes. A despeito da incerteza sobre como determinar a “suficiência” de uma prova científica, o OSC tem interpretado esse dispositivo de forma incongruente, recalcitrante em identificar que esse dispositivo guarda conexão com o princípio da precaução e tem recebido críticas por essa postura (FOSTER, 2009, 51).

A esse respeito, para Foster (2009, 56), um peso importante recai sobre a identificação do momento em que uma avaliação de risco é considerada ultrapassada, haja vista que elucidar essa questão permite que uma medida recaia no art. 5.º(1) ou no art. 5.º(7).

A título exemplificativo, um caso sobre pesca que teve como base normativa o Acordo SPS foi o *Australia – Salmon*. Na ocasião, o Canadá demandou a Austrália perante um painel da OMC em alegação de que a política australiana de proibição de importação do salmão constituía uma barreira injustificada ao comércio, de acordo com os artigos 2.2, 2.3, 3, 5.1 e 5.5, do SPS, e XI e XIII, do GATT. A Austrália argumentou, então, que sua medida se baseou na proteção à saúde de seus nacionais, situação permitida no SPS. Ao final, o painel e o OA entenderam que as medidas australianas violavam a liberdade do comércio (WT/DS18/AB/R).

O acordo também foi base jurídica do já citado caso *Beef Hormones* que, embora não verse sobre o tema da pesca, teve interessante repercussão por ter suscitado a aplicação do princípio da precaução como justificativa para as medidas adotadas pela Comunidade Europeia para evitar a importação da carne proveniente dos Estados Unidos e do Canadá. Em apertada síntese, o OA evitou reconhecer que o princípio da precaução pode, atualmente, ser concebido como norma costumeira ou como regra interpretativa e que, exceto no Direito Ambiental, ainda não tinha sido objeto de formulação precisa (WT/DS26/AB/R) (FABRI, pp. 2004, 292-293).

Essa breve exposição demonstra que a OMC tem evitado aplicar o princípio da precaução e as demais exceções ao comércio previstas nos acordos para possibilitar a perda de legitimidade

da organização. A interpretação do OSC parece sempre privilegiar o livre comércio em relação às medidas que visam proteger outros aspectos. Tais observações serão melhor exploradas e verificadas no capítulo seguinte.

O Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), que também faz parte do pacote negociado na Rodada do Uruguai, tem por objetivo evitar que regulações técnicas ou *standards* internos sejam utilizados de forma a restringir o comércio indevidamente. A estrutura desse acordo é semelhante à do acordo SPS, porém com menor ênfase na contribuição científica e maior ênfase em aspectos técnicos (BRASIL, 1994, Anexo I) (YOUNG, 2013, p. 71).

O ponto mais significativo do acordo para a temática da pesca e da interação com outros regimes é o art. 2.º, especialmente o art. 2.º(4) que determina que, caso existam *standard* técnico internacional acerca de determinado tema, os Estados devem (*shall*) utilizá-lo ou embasar suas normas nele, salvo se for comprovada sua ineficiência para o caso específico. E o art. 2.º (10) prevê uma exceção ao procedimento de consultas em situações de adoção de barreiras técnicas que não tenham regulamentação internacional ou cujo regramento não seja similar ao previsto em norma técnica internacional (BRASIL, 1994, Anexo I).

Um conflito sobre o tema da pesca decidido pelo OSC com base jurídica nesse acordo foi o caso *EC-Sardines*. O Peru acusou a União Europeia de violar os artigos 1.º(1), 2.º(2) e 2.º(4), do acordo TBT, ao adotar regras técnicas de nomenclatura de produtos, contrárias ao *Codex Stan 94*, proibindo o Peru de utilizar a descrição comercial “sardinha” em seus produtos. Em sua decisão, o painel inverteu o ônus de prova e estabeleceu que caberia à UE demonstrar que o *Codex Stan 94* não seria uma norma técnica apropriada para ser aplicada. Ao final, considerou que não lograram realizar essa comprovação e que a demandada havia violado o art. 2.º(4). O OA comportou-se conforme a doutrina tem apontado: criticou a determinação do painel de inverter o ônus da prova e entendeu que caberia ao Peru identificar que a previsão técnica deveria ser utilizada, mantendo, no entanto, a posição do painel quanto à violação do art. 2.º(4) (WT/DS231/AB/R).

O terceiro instrumento que merece menção é o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM). Os subsídios são classificados por esse instrumento como proibidos (“caixa-vermelha”), contestáveis (“caixa amarela”) e não-contestáveis (“caixa-verde”) (BRASIL, 1995, Anexo I, art. 3, 5 e 8). Young (2013, pp. 91-93) identifica que a ausência de litígios no regime do Comércio que versem sobre o tema dos subsídios pode decorrer da incerteza sobre a aplicabilidade das disciplinas referentes à caixa-vermelha e à caixa-amarela e à pesca. Até mesmo em relação às regras da caixa-verde há contestações, haja vista que são mais voltadas à poluição industrial.

Nesse contexto, conforme salienta a autora (2013, p. 73-74), subsídios⁹⁴ sempre geram distorções no comércio e, em se tratando de recursos vivos, com disponibilidade finita, podem acarretar também a depredação dos estoques e consequentes desequilíbrios ecológicos.

De fato, apesar das incertezas acima descritas, o setor da pesca é um dos setores que mais recebe subsídios⁹⁵, situação que gerou negociações específicas sobre o tema na Conferência Ministerial de Doha, em 2001, e na Conferência Ministerial de Hong Kong, em 2005, visando alcançar regulamentações comuns sobre o tema e a proibição de alguns tipos de subsídios, notadamente os que contribuem para a sobrecapacidade e sobrepesca (WTO, *Negotiations on fisheries subsidies*). Em 2007, foi circulado o esboço de um acordo sobre o tema, cuja elaboração teve muito apoio do Secretariado da FAO. No entanto, a proposta enfrentou oposição, em especial do Japão, que é considerado um dos maiores mercados consumidores de pescado e um dos maiores depredadores desse recurso, os casos *Southern Bluefin Tuna* e *Whaling in the Atlantic* exemplificam esses dados. Desse modo, a proposta foi substituída por recomendações realizadas pelo presidente do grupo de negociadores, reproduzindo a lógica de compromissos não vinculantes, característica das negociações sobre meio ambiente (WTO, *Introduction to fisheries subsidies in the WTO*).

O último documento que merece menção é a Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Flora e Fauna Silvestre, datada de 1979, portanto, período anterior ao GATT/1994. A função de seu secretariado é cumprida pelo Diretor Executivo do PNUMA e ela serve como uma Convenção-quadro, a qual fomenta os Estados à negociação para desestimular esse comércio solicita aos países a nomeação de autoridades nacionais para implementar as medidas, administrar um sistema de concessão de licenças e prestar assessoramento científico sobre os efeitos do comércio para as espécies da fauna (CITES, art. 5(4) e 9)(YOUNG, 2013, p. 61-62).

⁹⁴ O acordo define subsídio como:

“1. Para os fins deste Acordo, considerar-se-á a ocorrência de subsídio quando:

(a) (1) houver contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território de um membro (denominado a partir daqui “governo”), i.e.: (i) quando a prática do governo implicar transferência direta de fundos (por exemplo, doações, empréstimos e aportes de capital), potenciais transferências diretas de fundos ou obrigações (por exemplo, garantias de empréstimos); (ii) quando receitas públicas devidas forem perdoadas ou deixarem de ser recolhidas (por exemplo, incentivos fiscais como as bonificações fiscais) 1; (iii) quando o governo fornecer bens ou serviços além daqueles destinados à infra-estrutura geral ou quando adquirir bens; (iv) quando o governo fizer pagamentos a um sistema de fundos ou confiar ou instruir órgão privado a realizar uma ou mais das funções descritas nos incisos (i) a (iii) acima, as quais seriam normalmente incumbência do governo e cuja prática não diferir de nenhum modo significativo da prática habitualmente seguida pelos governos; ou (a) (2) houver qualquer forma de receita ou sustentação de preços no sentido do Artigo XVI do GATT 1994; e (b) com isso se verificar uma vantagem.” (Brasil, 1995, Anexo I)

⁹⁵ Um grupo informal de membros autodenominados “*Friends of Fish*” (incluindo Argentina, Austrália, Chile, Colômbia, Nova Zelândia, Noruega, Islândia, Paquistão, Peru e Estados Unidos) afirmou que os subsídios para o setor pesqueiro — estimado em \$14–\$20,5 bilhões, anualmente, ou 20%-25% das receitas — geraram a sobrecapacidade ou sobrepesca do setor (WTO, *Introduction to fisheries subsidies in the WTO*).

A CITES tem empreendido importante diálogo com a OMC e suas disposições, inclusive a lista com espécies ameaçadas são mencionadas na maior parte dos casos que versam sobre pesca. Uma das possibilidades para tamanho “entrosamento” deve-se ao fato de o CITEs não ter por finalidade regular ou reprimir o comércio, mas fomentar a adoção de uma postura mais responsável em relação aos recursos e impor obrigações aos Estados para proteger ou restaurar o *habitat* de certas espécies (YOUNG, 2013, p. 61).

Por meio dessas considerações, foi possível construir o cenário de atuação do TIDM e do OSC da OMC. Verificou-se os limites desses MCSC, as possibilidades de diálogo com outros regimes e os acordos importantes para percepção da pesca em cada um deles.

A proposta a seguir é verificar como essas previsões normativas foram aplicadas em casos julgados pelos Tribunais. Buscaram-se julgamentos que ocorreram em diferentes momentos dos tribunais, como forma de perquirir se houve mudança no comportamento dos tribunais. Alguns casos demonstram um embate direto, notadamente aqueles em que os mesmos fatos geraram controvérsias nos dois regimes, ao passo que outros nem fazem citações a outros regimes, porém é possível inferir alguns *insights* desses silêncios.

Capítulo 3 – Alô, alô marciano: estudo de caso da interação entre o regime do Direito do Mar e o regime do Comércio Internacional

No sistema internacional, em que o processo de codificação é relativamente recente e em que os costumes ainda figuram como fonte importante, a função desempenhada pelos Tribunais vai além da mera aplicação das normas. O processo de tomada de decisão em um julgamento não ocorre por um silogismo racionalmente determinado; ao contrário, é construído por meio de argumentos tópicos, destinados a satisfazer determinado público (LOWE; TZANAKOPOULO, 2012, p. 189). Por essa razão, segundo já destacado por Trevis (2009), existe o movimento ambivalente de deferência (abertura) e rompimento (exclusividade) dos regimes em relação ao Direito Internacional geral e de comunicação entre os regimes. Ao mesmo tempo em que é necessário satisfazer uma comunidade interna ao regime, com expectativas normativas e valores comuns, também é preciso atender o público externo, representado pelo sistema internacional e seus valores historicamente constituídos. Como satisfazer essas duas audiências?

Na primeira parte desse estudo, foram demonstradas algumas ferramentas e perspectivas apontadas pela CDI e pela doutrina para permitir ou visualizar o diálogo entre regimes. No capítulo anterior, avaliou-se como o regime do Direito do Mar e o regime do Comércio

Internacional, sobretudo seus órgãos de solução de controvérsias, estão estruturados e quais aberturas são expressamente permitidas ou quais possibilitadas há em cada um em relação ao tema da pesca. A proposta do presente capítulo é aplicar as considerações desenvolvidas aos casos em que cada corte foi solicitada a resolver conflitos que envolviam o tema da pesca, ainda que indiretamente.

Cumprе rememorar que, para além das ferramentas para a resolução de conflitos normativos desenvolvidas pela CDI no relatório, foram destacados outros mecanismos de comunicação entre os regimes apontados pela doutrina. Alguns deles merecerão especial atenção no presente capítulo. Nesse ínterim, (1) Crawford e Nevill (2015, p. 237-246) citam nove técnicas que podem ser empregadas, a depender do conflito e do cliente em questão. Conforme será possível identificar, algumas delas são aplicáveis aos casos que serão analisados. Por exemplo, (i.1) o Princípio do Mandato Exclusivo é identificável nos casos *Swordfish* e *Herring*; (i.2) a Presunção de Competência Genérica é verificável nos casos que foram levados ao Tribunal Arbitral VII e solicitaram pronunciamento do TIDM, em relação à jurisdição *prima facie*; (i.3) a Interpretação Restritiva da 'Disputa' para os Efeitos de um Tratado e o (i.4) Princípio da Deferência à Competência Especial são observáveis no caso *Mox Plant* e, por último, pode ser alegado que o (i.5) Princípio do *opt-out* foi utilizado no caso *Southern Bluefin Tuna*.

Os ensinamentos de (2) Romano (2009), que também servirão de norte e serão sinalizados quando oportuno, são (i) os recursos argumentativos da persuasão e da aculturação nos tribunais; (ii) a aplicação das regras do Direito Internacional geral, em especial dos artigos 30 a 33 da CVDT, unanimemente citadas pela doutrina e pelos tribunais; e (iii) as três formas de hierarquia momentânea — (iii.1) cortes especializadas quanto à matéria irão citar e considerar a CIJ em relação a temas do direito internacional geral, ao passo que a CIJ dificilmente irá realizar deferência a cortes especializadas; (iii.2) tribunais com competência universal hesitarão em citar cortes regionais; (iii.3) tribunais internacionais consideram muito pouco as cortes nacionais.

As colocações de (3) Teubner e Fischer-Lescano (2004) sobre a formação de redes de (i) compatibilidade normativa simples; (ii) a elaboração normativa a partir de irritação mútua, observação e reflexividade das ordens jurídicas autônomas; e (iii) o modo descentralizado de enfrentar os conflitos jurídicos⁹⁶ também serão considerados e mencionados quando relevantes. Nesse contexto, tais observações se coadunam com as de (4) Young (2013), que destaca (i) o apoio ou aprendizado mútuo entre os regimes, processo que ocorre de modo informal, e (ii) a

⁹⁶ Os conflitos jurídicos denominam-se tanto os conflitos normativos quanto os de competência e os materiais (substantivos).

revisão crítica que ocorre por meio da seleção do que é compatível da produção dos demais regimes.

Em um grau mais profundo de análise argumentativa e semântica, será atribuída especial atenção à interação *cross-regime* desenvolvida por (5) Matz-Lück (2015), em que se busca coordenar: (i) a interpretação interna do regime considerando normas externas; (ii) uma interpretação colegiada dos regimes; ou (iii) a utilização de normas externas como guias interpretativos ou aplicação a aplicação direta dessas normas. Nessa perspectiva, também será atribuída especial atenção à comunicação *mainstreaming* identificada por (7) Koskenniemi (2015, 2010, 2007 e 2004), de acordo com a qual regimes hegemônicos se utilizam do gerenciamento (*managerialism*) como forma de obscurecer estratégias políticas e, assim, expandem seus vocabulários e seus *ethos*, cooptando outros regimes.

Aqui, foram analisados quinze casos do TIDM⁹⁷ e cinco da OMC⁹⁸ perquirindo se, (i) durante a argumentação desenvolvida pela corte para justificar sua decisão, isto é, no momento do direito, foram realizadas citações diretas a julgados da OMC/TIDM ou da CIJ; se (ii) existem relações entre esses julgados citados pela doutrina, embora não tenha existido menção direta; e se (iii) os termos de parâmetro de análise — desenvolvimento sustentável, princípio da precaução e abordagem ecossistêmica — são mencionados e como são interpretados. Caso esses questionamentos recebam respostas afirmativas, verificar-se-á como essas menções são feitas e quais *ethos* são privilegiados.

⁹⁷ São eles:

- (i) caso 1 (M/V “SAIGA” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release);
- (ii) caso 2 (M/V “SAIGA” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea));
- (iii) casos 3 e 4 (Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures));
- (iv) caso 5 (“Camouco” (Panama v. France), Prompt Release));
- (v) caso 6 (“Monte Confurco” (Seychelles v. France), Prompt Release);
- (vi) caso 7 (concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union));
- (vii) caso 8 (“Grand Prince” (Belize v. France), Prompt Release);
- (viii) caso 10 (“MOX Plant” (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures);
- (ix) caso 11 (“Volga” (Russian Federation v. Australia), Prompt Release);
- (x) caso 13 (“Juno Trader” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Prompt Release);
- (xi) caso 14 (“Hoshinmaru” Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release);
- (xii) caso 15 (“Tomimaru” (Japan v. Russian Federation), Prompt Release);
- (xiii) caso 17 (Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber));
- (xiv) caso 19 (M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau));
- (xv) caso 21 (Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)).

⁹⁸ São eles:

- (i) caso United States — Restrictions on Imports of Tuna (DS 21/R);
- (ii) caso United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (DS 58);
- (iii) caso United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (DS 381);
- (iv) caso Chile — Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish (DS 193);
- (v) caso European Union — Measures on Atlanto-Scandian Herring (DS 469);

Destaque-se que mesmo as negativas de citação são importantes, pois os silêncios obscurecem omissões, esquecimentos e estratégias, de modo que cabe ao pesquisador a tarefa de determinar as relações entre os “vestígios” ou entre os “vestígios e as ausências” e estabelecer novas visões que permitam criar outras formas de associação (PASSERINI, 2003, p. 240).

A amostragem de dados do TIDM foi selecionada, primeiramente, pelos casos que versaram sobre pesca, mesmo que de uma forma indireta, como aqueles em que o objeto principal era a pronta liberação do navio apreendido por supostamente estar realizando pesca ilegal nas áreas sob jurisdição do Estado costeiro. Em seguida, foram examinados os casos apontados pelo próprio tribunal e pela doutrina como precedentes jurisprudenciais significativos, em especial os casos *M/V “SAIGA” Prompt Release; M/V “SAIGA”*; *“MOX Plant; Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*; e *M/V “Virginia G”*. No caso da OMC, a lógica de seleção dos casos obedeceu à ordem oposta, identificaram-se aqueles apontados pela doutrina como relevantes para o entendimento da postura do regime sobre a pesca sustentável e sobre a consideração de elementos externos, protetivos ao meio ambiente marinho, no regime.

Os casos serão analisados intercaladamente, para que a comparação possa ocorrer de forma mais dinâmica, especialmente entre os casos *Swordfish* (TIDM) e *Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish* (OMC); e *European Union — Measures on Atlanto-Scandian Herring* (OMC) e *The Atlanto-Scandian Herring Arbitration* (Tribunal Arbitral VII). Desta feita, o capítulo obedece a seguinte divisão: 3.1 A ausência de coesão interna do regime do Direito do Mar (?): casos *Southern Bluefin Tuna*; 3.2 As interpretações do art. XX, GATT: casos *United States — Restrictions on Imports of Tuna* ou *US-Tuna I (DS21/R)*; *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* ou *Shrimp-Turtle (DS 58)* e *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (DS 381)*; 3.3 Um embate entre os regimes do Direito do Mar e do comércio: casos *Chile — Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish (DS 193)* e *Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean*; 3.4 A relação entre a jurisprudência do TIDM sobre pronta liberação e a pesca: caso *“Volga”*; 3.5 A interpretação sobre as obrigações e responsabilidades de proteção aos recursos pesqueiros: caso *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*; 3.6 Um embate entre os regimes do Direito do Mar, do Comércio e da União Europeia: casos *European Union — Measures on Atlanto-Scandian Herring (DS469)* e *The Atlanto-Scandian Herring Arbitration (The Kingdom of Denmark in respect of the Faroe Islands v. The European Union)*.

Cumprido por fim retomar a breve reconstrução histórica dos regimes realizada no capítulo 1, em que foi identificado que, na jurisprudência do OSC da OMC, a atividade da pesca também

segue o princípio da não imposição de medidas de restrição injustificadas ao livre comércio. Conforme será identificado, a própria diferença semântica em não mencionar o termo “medidas de conservação e gestão” e a preferência pela utilização do vocábulo “barreiras” demonstra uma visão de mundo própria. Já o TIDM busca equilibrar a liberdades dos mares (*mare liberum*), as soberanias (*mare clausum*) e a proteção aos recursos naturais vivo e não vivos — valores que estão conectados ao princípio do patrimônio comum da humanidade.

3.1 A ausência de coesão interna do regime do Direito do Mar (?): casos *Southern Bluefin Tuna*

Os casos *Southern Bluefin Tuna*, questão muito comentados pela doutrina e sinalizam importantes expectativas em relação ao TIDM, correspondem ao terceiro e ao quarto casos julgados pelo Tribunal e as ansiedades que permeavam a temática da multiplicação das cortes internacionais precisavam ser apaziguadas. Esses casos foram os primeiros em que as partes solicitaram a formação de um Tribunal Arbitral VII, o que acirrou o desconforto com a fragmentação. A análise aplicará poucos ferramentais identificados, pois o pronunciamento do TIDM restringiu-se ao pedido de medidas provisórias e a argumentação desenvolvida, na ocasião, não foi robusta e deu pouca margem para a interação com outros regimes. O principal ponto de intercâmbio foi a utilização do princípio da precaução, fato que sinalizou uma postura conservacionista. Por fim, houve uma divergência entre o entendimento do TIDM e o Tribunal Arbitral VII quanto à jurisdição compulsória, situação em que aquele sofreu duras críticas provenientes deste.

Nos casos, a Austrália e a Nova Zelândia, respectivamente, opunham-se à pesca realizada pelo Japão, sob o manto de pesquisa científica, que excedeu o limite de capturas estabelecidas na Convenção para a Conservação do Atum do Sul (CCSBT). As controvérsias foram levadas ao TIDM em julho de 1999, solicitando medidas provisórias e o estabelecimento de um Tribunal Arbitral VII, e unidas por ordem do Tribunal, pois os fatos, as razões de pedir, os pedidos e a parte passiva eram semelhantes. O TIDM concedeu medidas provisórias em agosto do mesmo ano (ITLOS, 1999) e o Tribunal Arbitral constituído posteriormente as revogou e entendeu não possuir jurisdição em relação ao feito.

Em síntese, o Atum do Sul é uma espécie considerada altamente migratória, listada no Anexo I da CNUDM, que possui distribuição geográfica extensa no globo e é um recurso natural com bastante valor comercial, em especial no Japão que consome 90% da produção. Ao longo da década de 1950, a pesca do recurso foi intensificada de tal maneira que, na década de 1980, o

Japão, a Austrália e a Nova Zelândia, países que realizam a pesca do produto em maior quantidade, tiveram de adotar medidas de conservação, pois os estoques estavam em perigo. Em 1993, como consequência dessa política de uso sustentável dos estoques, os três países ratificaram a CCSBT, que estabeleceu o esqueleto de uma organização regional e criou as bases para um estudo coordenado dos aspectos biológicos e científicos das espécies e de sua pesca, bem como uma determinação do número de capturas totais permissíveis (ROMANO, 2001, p. 315).

Posteriormente, os países entraram em divergência sobre a possibilidade de elevar a quantidade de capturas totais permissíveis. O Japão defendia ser possível, ao passo que Austrália e a Nova Zelândia não eram favoráveis. A esse respeito, é importante mencionar que as preocupações australianas e neozelandesas não tinham um viés unicamente conservacionista, mas também envolviam interesses comerciais, uma vez que esses países eram os principais fornecedores de atum ao Japão e a elevação da quantidade de capturas permissíveis iria impactar negativamente suas indústrias pesqueiras (ROMANO, 2001, p. 316).

Diante desse impasse, em 1995, Tokyo lançou um programa experimental unilateral para avaliar a recuperação dos estoques em que elevaria o total de captura permissível para uma quantidade bem superior à estipulada. O programa estava embasado em testes ainda inconclusivos e não recebeu o apoio da Nova Zelândia e da Austrália que, após tentativas frustradas de negociação, utilizaram da cláusula compromissória contida na CNUDM e iniciaram um procedimento de solução compulsória de controvérsias (TREVES, 2009, p. 243).

Em suma, os demandantes argumentaram que o Japão descumpriu suas obrigações de cooperar e de conservar e gerir os recursos naturais, desconsiderando o princípio da precaução na realização de seu programa científico e a manutenção do máximo rendimento constante. Por conseguinte, solicitaram medidas provisórias que garantissem a suspensão do programa de pesquisa japonês, a manutenção do valor inicial de capturas totais permitidas, de modo a assegurar a sustentabilidade dos estoques, o retorno às negociações e o estabelecimento de um Tribunal Arbitral VII (ITLOS, 1999).

O Japão, por sua vez, arguiu que as medidas provisórias não poderiam ser deferidas, pois o Tribunal Arbitral VII não teria jurisdição *prima facie*, devido ao fato de a disputa não se referir à interpretação da CNUDM, mas do CCSBT, que não continha cláusula compromissória que permitisse o acesso unilateral a MCSC. Após essa tese ser superada, argumentou-se que as partes também não haviam cumprido de boa-fé a obrigação de buscar meios conciliatórios antes de

levar o caso ao TIDM. Sustentou-se, ainda, que o conflito era científico e não jurídico⁹⁹. O Japão solicitou, caso houvesse condenação, que o Tribunal se limitasse a determinar que as partes retomassem as medidas de negociação e cooperação (ITLOS, 1999).

Em sua decisão, o TIDM argumentou que não seria necessário cumprir a obrigação de realizar prévios procedimentos de conciliação, pois já fora comprovado que as partes trocaram informações e haviam tentado entrar em acordo, sem sucesso. Considerou que o fato de a CCSBT ser aplicável às partes não exclui a invocação da CNUDM, pois não se tratava de

⁹⁹ A invocação do vocabulário científico para obscurecer interesses comerciais também foi uma estratégia utilizada pelo Japão em recente caso envolvendo a pesca. Trata-se do caso *Whaling in the Antarctic* julgado em 2014, pela CIJ em que, não por acaso, figuravam as mesmas partes no polo ativo e passivo. Nessa situação, a Austrália (demandante) e a Nova Zelândia (interveniente) acusavam o Japão de utilizar-se da exceção prevista no artigo VIII, da Convenção Internacional sobre Regulação de Pesca às Baleias (ICRW), que se refere à possibilidade de coletar exemplares de baleias em pesquisas científicas, para efetivamente realizarem pesca comercial, infringindo a moratória estabelecida pela Comissão Internacional para a Caça às Baleias na década de 1990. Em interessante e controversa argumentação, a CIJ entendeu que o Projeto JARPA II, desenvolvido pelo Japão, caracterizava-se como um projeto científico, porém sem finalidade científica (“127. (...) Based on the information before it, the Court thus finds that the JARPA II activities involving the lethal sampling of whales can broadly be characterized as “scientific research”. There is no need therefore, in the context of this case, to examine generally the concept of “scientific research”. Accordingly, the Court’s examination of the evidence with respect to JARPA II will focus on whether the killing, taking and treating of whales in pursuance of JARPA II is for purposes of scientific research and thus may be authorized by special permits granted under Article VIII, paragraph 1, of the Convention. 229. (...) JARPA II is for purposes of scientific research and thus may be authorized by special permits granted under Article VIII, paragraph 1, of the Convention”). Para chegar a tal conclusão, a CIJ aplicou o *standard of the review*, metodologia já empregada pela OMC no julgamento de casos que envolveram a análise de argumentos e provas científicos. Em referência aos postulados de Romano (2009), essa situação exemplifica um dos poucos casos em que a CIJ fez deferência a outros tribunais, embora a menção à OMC não seja expressa na sentença e exista somente nos pronunciamentos singulares dos juízes. Com base nesse instrumental, a CIJ reviu a licença concedida pela Comissão Internacional para a Caça às Baleias para o projeto JARPA II, para então concluir pela ausência de finalidade científica da pesquisa. Ato contínuo, em interessante análise sobre as estratégias processuais adotadas pela Austrália e a Nova Zelândia, a partir de um aprendizado sobre litigância em foros internacionais, Dai (2014) demonstra que algumas assimetrias entre as partes, propositadamente causadas por estratégias processuais, podem ter contribuído para o resultado do caso. Primeiramente, a decisão da Nova Zelândia em atuar como terceiro interessado e não como parte pode ter sido tomada com o fim de manter o Juiz Keith, de sua nacionalidade, atuando na Corte sem limitar a Austrália de indicar um juiz *ad hoc*. Ademais, a Nova Zelândia também foi autorizada a submeter observações escritas como se fosse parte; logo, o Japão teve de enfrentar duas teses distintas, como se estivesse de fato litigando em face de dois estados. Ressalte-se que, enquanto estava respondendo às observações escritas mencionadas, o Japão também já estava se preparando para os debates orais com a Austrália (DAI, 2014). Acrescente-se ainda que um ponto que pode ter sido decisivo para a escolha da CIJ, com base na cláusula facultativa, e não do TIDM, é o fato de que o Japão poderia suscitar argumentos bem semelhantes aos utilizados perante o Tribunal Arbitral constituído com base no Anexo VII, como, por exemplo, o fato de a ICRW prever um mecanismo de solução de controvérsias próprio, que excluiria o da CNUDM; a ausência de procedimento prévio de conciliação (art. 281, CNUDM) ou ser hipótese de aplicação das exceções previstas no artigo 297(seção III) em relação à pesca e à pesquisa científica marinha (Tanaka, 2013) e (ROMANO, 2001). A mudança de atuação da CIJ também gera importantes reflexões. Uma das razões para uma atuação menos ortodoxa nesse caso talvez seja o medo da perda de influência do Tribunal, em razão do desenvolvimento da codificação das normas sobre o Direito do Mar e da existência de outras instituições julgadores (Lowe, Tzanakopoulo, 2012, p. 191), porém essa explicação não é completa. Entre os fatores que também podem ter contribuído para esse tipo de atuação é a mudança da composição do Tribunal, inclusive com novos membros provenientes de Cortes com um histórico mais progressista, como o Juiz Caçado Trindade. Assim, diante das divergências entre os *experts* ouvidos sobre o conceito de pesquisa científica e sobre a quantidade razoável de amostras necessárias em uma pesquisa, o Tribunal elaborou seu próprio critério de análise. Para maiores informações sobre o caso e sobre sua metodologia de análise, ver FOSTER, 2012; FOSTER, 2014; SCOVAZZI, 2015; COELHO, 2015.

hipótese de jurisdição exclusiva e as obrigações podem ser cumulativas¹⁰⁰. Também julgou que o Tribunal Arbitral VII teria jurisdição *prima facie*, pois os dispositivos da CNUDM levantados pelos demandantes se adequariam ao caso e a CCSBT não previa mecanismo específicos de solução compulsória de controvérsias específico, conforme requerido no art. 282, CNUDM.

Para contradizer o argumento de que a controvérsia teria por objeto questões científicas e não jurídicas, o TIDM buscou refúgio na jurisprudência da CPJI (Caso *Mavrommatis Palestine Concessions*) e da CIJ (Caso *South West Africa*) para assinalar que uma disputa jurídica é um desentendimento sobre determinado ponto jurídico ou fato, uma divergência de pontos de vista e interesses jurídicos, em que a posição de uma parte é diametralmente oposta à da outra; logo, nesse caso, o conflito seria, sim, jurídico.

Por fim, o Tribunal expediu medidas provisórias proibindo as partes de realizarem qualquer ação que pudesse prejudicar o julgamento do Tribunal Arbitral VII ou intensificar a disputa, vedando os Estados de realizarem qualquer programa experimental de pesca, sem a anuência dos demais, e determinando que as negociações fossem retomadas de boa-fé. De forma intrigante, na mesma decisão, o TIDM fixou um limite de captura permissível aos três estados (ITLOS, 1999), ou seja, em oposição à postura conservadora que talvez a CIJ adotasse, de delegar às autoridades nacionais essa atribuição ou às partes acordarem um limite, e ao contrário do que fora solicitado pelos demandantes, o Tribunal avocou a competência de estabelecer esse parâmetro de cunho eminentemente técnico-científico (KLEIN, 2005, p. 351) (BOYLE, 2007, p. 378).

Ressalta-se que as medidas expedidas divergem das solicitadas pelos demandantes, situação possível de acordo com a CNUDM, conforme identificado no capítulo anterior, e caracterizará grande parte das posteriores medidas provisórias deferidas pelo Tribunal.

Do ponto de vista do uso sustentável dos recursos pesqueiros, este é um dos casos mais interessantes do TIDM, pois a argumentação realizada incorporou diversos elementos do vocabulário conservacionista. Por exemplo, para caracterizar a urgência no deferimento das medidas provisórias, o Tribunal utilizou-se da previsão do art. 290(1) que lhe dá essa atribuição quando entender que há uma ameaça iminente ao meio ambiente marinho (ITLOS, 1999). Portanto, foi atribuída uma interpretação extensiva desse termo, englobando a conservação dos recursos vivos (BOYLE, 2007, p. 373)¹⁰¹. Segundo assinala Kwiatkowska (2006, p. 155), essa

¹⁰⁰ Romano (2001, p. 325) afirma que: “In other words, ITLOS interpreted UNCLOS and the 1993 Convention as Chinese boxes, where the former includes the latter; the exegesis of the latter can only be done within the framework of the former”.

¹⁰¹ Para uma análise crítica sobre a (falta de) caracterização da urgência para expedir medidas provisórias, ver CHURCHILL, 2000.

interpretação surpreendeu, pois o Japão já tinha anunciado que seu programa científico teria termo em agosto de 1999, logo, o Tribunal se antecedeu ao pronunciamento japonês.

Talvez isso tenha ocorrido porque, apesar de o Tribunal ter evitado utilizar o termo “princípio da precaução”¹⁰², é inequívoco que a semântica desse conceito norteou a análise sobre a necessidade de medidas provisórias a fim de impedir possíveis danos graves ao meio ambiente, conforme é possível depreender dos seguintes excertos:

“70. Considering that the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment;”

“79. Considering that there is scientific uncertainty regarding measures to be taken to conserve the stock of southern bluefin tuna and that there is no agreement among the parties as to whether the conservation measures taken so far have led to the improvement in the stock of southern bluefin tuna;”

“80. Considering that, although the Tribunal cannot conclusively assess the scientific evidence presented by the parties, it finds that measures should be taken as a matter of urgency to preserve the rights of the parties and to avert further deterioration of the southern bluefin tuna stock” (grifou-se), (ITLOS, 1999).

Posteriormente, a relutância do Tribunal em mencionar diretamente o princípio da precaução foi superada, embora, assim como não ocorreu na CIJ e na OMC¹⁰³, seu reconhecimento como parte do costume internacional ainda não tenha ocorrido. Por exemplo, na primeira opinião consultiva proferida pelo tribunal (*Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber)*), houve um tópico específico destinado à obrigação do Estado patrocinador de aplicar a “abordagem da precaução”. Nessa oportunidade, o TIDM afirmou que essa obrigação, de cunho não vinculante estabelecida na Declaração do Rio, tornou-se vinculante aos Estados

¹⁰² A esse respeito, Romano (2001, nota 120) fornece interessante justificativa para esse comportamento do Tribunal: “Although the precautionary principle has been at the front and center of international environmental law since the mid-1980s, its exact meaning and status in international law are still unresolved. (...)The extreme time pressure under which the Tribunal worked could be one explanation of why the judges preferred avoiding determining whether the precautionary principle has finally become customary international law, particularly when the World Court in the Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997, pp. 1–72, with months at its disposal, could do no better”. Boyle (2007, p. 375) complementa que é estrategicamente mais interessante caracterizar a precaução como um princípio geral, pois estes exercem forte influência na interpretação, aplicação e desenvolvimento de outras regras. Assim, a importância do princípio seria a de redesenhar as regras do Direito Internacional sobre controle dos riscos ambientais e conservação dos recursos naturais, aplicando-as em estágio anterior, quando ainda não é possível determinar a irreversibilidade do dano.

¹⁰³ A esse respeito: “135. The Chamber observes that the precautionary approach has been incorporated into a growing number of international treaties and other instruments, many of which reflect the formulation of Principle 15 of the Rio Declaration. In the view of the Chamber, this has initiated a trend towards making this approach part of customary international law. This trend is clearly reinforced by the inclusion of the precautionary approach in the Regulations and in the “standard clause” contained in Annex 4, section 5.1, of the Sulphides Regulations. So does the following statement in paragraph 164 of the ICJ Judgment in Pulp Mills on the River Uruguay that “a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute” (i.e., the environmental bilateral treaty whose interpretation was the main bone of contention between the parties). This statement may be read in light of article 31, paragraph 3(c), of the Vienna Convention, according to which the interpretation of a treaty should take into account not only the context but ‘any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties’” (ITLOS, 2011). Ver também: ANTON, 2011.

patrocinadores a partir da inclusão nas Regulamentações da ISA sobre Sulfetos e Nódulos Polimetálicos (que foram interpretados como se fossem tratados, com base na jurisprudência da CIJ). Acrescentou, ainda, que a abordagem da precaução faz parte da obrigação geral de *due diligence*, inclusive salienta que essa relação foi estabelecida no caso *Southern Bluefin Tuna*; porém, deve ser exercida de acordo com a capacidade técnica e o conhecimento científico disponíveis aos Estados (ITLOS, 2011).

Os demais termos utilizados como parâmetro transversal de análise — abordagem ecossistêmica e desenvolvimento sustentável — não foram mencionados.

A escolha do TIDM como foro para a solicitação das medias provisórias parece ter sido uma preocupação da Austrália e da Nova Zelândia em evitar a jurisprudência, à época, pouco protetiva ao meio ambiente e as medidas provisórias não vinculantes da CIJ, bem como a necessidade, mediante outras bases jurídicas, de requerer o consentimento da contraparte para instaurar um procedimento arbitral. Nesse contexto, o Tribunal mostrou-se como um foro recentemente formado cujos pleitos conservacionistas tinham respaldo material e com possibilidade de expedição de medidas provisórias vinculantes de forma célere (ROMANO, 2001, p. 314 e 336), terreno ideal para o pleito australiano e neozelandês.

No início dos anos 2000, o caso foi levado ao ICSID para iniciar o procedimento arbitral, conforme disposições do Anexo VII da CNUDM. Na ocasião, o Japão reiterou seus argumentos da inaplicabilidade dos MSCS da CNUDM, pois, mesmo que essa Convenção fosse considerada um guarda-chuva no qual o CCSBT estaria inserido, este último constituiria *lex specialis*, logo, o provimento de solução de controvérsias nele previsto, que requer o consentimento das partes para instaurar uma arbitragem, deveria prevalecer. Também foi rechaçada a tese realizada pelos demandantes de que o princípio da precaução faria parte do Direito Internacional geral (ICSID, 2000).

A Austrália e a Nova Zelândia¹⁰⁴, por sua vez, argumentaram que o desenvolvimento do Direito Internacional se deu por meio do acúmulo de obrigações e não por sua erosão e redução; assim, as duas convenções manteriam uma relação paralela e complementar, em que o princípio da especialidade seria aplicável somente se existisse inconsistência entre as duas. Afirmaram também que a interpretação do CCSBT proposta pelo Japão não poderia ser acolhida, pois constituiria a estranha hipótese em que um tratado regional seria mais restritivo do que um geral, haja vista que um Estado parte de CCSBT estaria impossibilitado de acessar um procedimento

¹⁰⁴ Interessante notar a correlação que os estados realizam entre a CNUDM e a OMC com os tratados regionais que versam sobre temáticas afeitas à deles: “UNCLOS, with the WTO, is one of the great general regulatory treaties of our time. Both treaties provide for mandatory dispute resolution. Both foster specialized arrangements and regional agreements. This case confronts the workability of mandatory dispute settlement in giving effect to the essential principles of the general treaty” (ICSID, 2000).

compulsório. Por fim, alegaram que “If Japan is right, the provisions of UNCLOS for mandatory dispute settlement are ‘a paper umbrella which dissolves in the rain’” (ICSID, 2000).

O Tribunal Arbitral acolheu as alegações australiana e neozelandesas em relação à cumulatividade das obrigações assumidas internacionalmente. No entanto, rememorando as técnicas para a solução de disputas propostas por Crawford e Nevill, fez uso do princípio do *opt-out*. Assim, realizou uma interpretação teleológica da CCSBT na qual identificou que as negociações do art. 16 da Convenção, que versa sobre solução de controvérsias, têm suas origens no Tratado da Antártica, em que foram excluídos mecanismos compulsórios. Dessa forma, atendeu-se à tese japonesa de que as disposições do CCSBT excluem o acesso unilateral a qualquer meio de solução de controvérsias, situação prevista no art. 281, CNUDM (ICSID, 2000) e (TREVIS, 2009, p. 244).

O primeiro ponto que merece ser sublinhado é o fato de as partes terem escolhido o ICSID, reconhecidamente inclinado para o vocabulário de investimentos, como foro para a constituição do Tribunal Arbitral. Rememorando as lições de Romano (2009), dificilmente o recurso da persuasão dos argumentos protetivos aos estoques seria verificável. De fato, observa-se que dois dos termos selecionados como parâmetros de verificação são mencionados no laudo de arbitragem — princípio da precaução e do desenvolvimento sustentável — somente como descrição da alegação das partes, não durante o desenvolvimento da argumentação do Tribunal.

O segundo ponto refere-se à crítica feita pelo Tribunal Arbitral VII ao mecanismo de solução de controvérsias criado pela CNUDM. Na visão desse tribunal, “62. It thus appears to the Tribunal that UNCLOS falls significantly short of establishing a truly comprehensive regime of compulsory jurisdiction entailing binding decisions” (ICSID, 2000), ou seja, o mecanismo multicéfalo decorrente de compromissos políticos causou estranheza não somente aos doutrinadores, mas também aos juízes, dificultando sua atuação.

Com relação ao terceiro ponto, a interpretação do Tribunal Arbitral é, no mínimo, criticável, ao ter concluído que o art. 16 da CCSBT excluiria qualquer procedimento compulsório de solução, quando o próprio artigo o faculta às partes:

The dispute resolved by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement or other peaceful means of their own choice” e ainda mencionar que “any dispute of this character not so resolved shall, with the consent in each case of all parties to the dispute, be referred for settlement to the International Court of Justice or to arbitration. (CCSBT, 1994).

Segundo Romano(2001, p. 331):

This is perhaps the least convincing part of the Award. Paragraph 2 of Article 16 recites that “any dispute . . . not . . . resolved shall, with the consent in each case of all parties to the dispute, be referred for settlement to the International Court of Justice or to arbitration.” Far from being an agreement to exclude further proceedings, as required by Article 281 of UNCLOS, this provision is merely an agreement to agree, eventually but not necessarily. As such, it cannot be considered a dispute settlement procedure in itself, but rather a diplomatic ambition far from having the ability to translate itself into a binding procedure. How this “programmatic clause” could obscure and derogate from the compulsory dispute settlement regime set up by UNCLOS is unclear.

[...]

Is an ad hoc Arbitral Tribunal the proper forum to decide such a momentous issue as the relationship between the dispute settlement regime created by UNCLOS and those of the various regional and sectorial conventions? Hardly. The arbitrators of the Southern Bluefin Tuna case may have missed the point because they ruled, not as an ad hoc arbitral panel convened only to settle a given dispute between the parties, but as a judicial body called upon to interpret certain key provisions of a universal law-making regime.

Diante do exposto, verifica-se que a dualidade de públicos a ser agradado causou uma hipótese de conflito interno no regime. Por um lado, o TIDM não rompeu ou ocasionou descontinuidade com a jurisprudência da CPJI e da CIJ, já que esta foi aplicada quando o Tribunal necessitou de legitimidade para tomar algumas decisões. Por outro lado, o TIDM se mostrou inclinado a uma cooperação *cross-regime* na utilização de argumentos ambientais não previstos diretamente na CNUDM e, ainda, se mostrou mais ativo ao prescrever uma quantidade de captura permissível, a ser observada pelas partes. É possível afirmar que essa foi a situação em que o Tribunal se comportou de forma mais protetiva à conservação dos recursos pesqueiros.

Porém, o Tribunal Arbitral VII constituído preferiu atender ao público ortodoxo e manteve a postura de restringir a resolução dos casos de sobrepesca à conciliação, assim como ocorre com as disputas na ZEE. Os árbitros inclusive também teceram fortes críticas ao MCSC instituído pela CNUDM.

O Japão buscou refúgio no vocabulário técnico-científico para afastar a existência de aspectos jurídicos e demonstrar que o pleito de elevação da quantidade de capturas possíveis tinha respaldo, clara estratégia de *management* que acabou não ganhando adeptos no Tribunal, embora pudesse ter prevalecido tendo em vista que era possível saber o que esperar do TIDM.

Ao longo do julgamento, não foram realizadas citações diretas à OMC e o vocabulário comercial praticamente não foi utilizado de forma expressa. No entanto, isso é identificável porque existiam interesses econômicos norteando a pesquisa científica conduzida pelo Japão, o pedido do aumento da capacidade de captura permissível e mesmo a atuação australiana e neozelandesa, que lucravam com a venda de pesca para o Japão. A própria disputa entre a

possibilidade do aumento da quantidade de captura permitida atual e a manutenção futura dos estoques refletem questões de cunho comercial que não foram explicitadas, mas estavam presentes. Talvez, simplesmente, as estratégias adotadas pelas partes e pelos Tribunais tenham se distanciado de um vocabulário tão controverso quanto o comercial e cingido ao vocabulário ambiental (TIDM) e a questões procedimentais (Tribunal Arbitral VII).

De qualquer maneira, ao tempo em que o caso apaziguou os temores acerca do rompimento da jurisprudência do TIDM com o Direito Internacional geral, o julgamento acirrou as desconfianças em relação à consistência e à coerência da interpretação da CNUDM internamente no regime de Direito do Mar, em razão do *Cafeteria Approach* e do *Salami-slicing*. Apesar do TIDM ter utilizado uma abertura interpretativa para outras normas relevantes do Direito Internacional, o Tribunal Arbitral VII ateu-se a regras procedimentais para afastar sua jurisdição sob o caso. De fato, conforme salienta Boyle (2007, p. 381), a supremacia da Arbitragem *ad hoc* no Direito do Mar para decidir sobre questões políticas de tamanha envergadura, como a relação da CNUDM com acordos regionais, parece encontrar seus limites.

A seguir, analisar-se-á, em três casos distintos, a coerência interna do regime do Comércio Internacional a partir da interpretação do OSC ao art. XX, GATT..

3.2 As interpretações do art. XX, GATT: casos *United States — Restrictions on Imports of Tuna ou US-Tuna I ou Tuna-Dolphin (DS21/R)* e *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products ou Shrimp-Turtle (DS 58)* e *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products ou US — Tuna II (Mexico) (DS 381)*

Os casos em questão, bastante comentados pela doutrina que analisa a postura da OMC em relação a aspectos ambientais, são peculiares por possuírem pano de fundo fático e jurídico bem semelhantes, além de terem os Estados Unidos da América como o Estado demandado. O *Tuna-Dolphin* foi julgado durante a vigência do GATT/1947, logo, sua análise permitirá observar se houve mudança de perspectiva do relacionamento do regime do Comércio com os demais após sua estruturação. Já o caso *Shrimp-Turtle* é considerado por alguns como o mais importante julgado da OMC sobre o Direito do Mar e os recursos pesqueiros, já que a partir dele foi iniciada uma nova abordagem do art. XX, GATT/1994. O terceiro caso é recente, sua última movimentação data do final do ano de 2015, de modo que permitirá visualizar se houve manutenção ou rompimento interno no entendimento do OSC. Destaque-se o grande número de estados que demonstram interesse em participar como terceiros interessados em todos esses litígios, o que demonstra o amplo empenho global em influir na tomada de decisão do OSC.

No primeiro caso, o México acusava os Estados Unidos da América de ter imposto barreiras injustificadas à compra de atuns de determinada espécie em seu mercado. O painel foi solicitado em janeiro do ano de 1991 e seu laudo foi publicado em setembro de 1991, portanto o regime aplicado foi unicamente o do GATT/1947 (WTO/DS21/R). Registre-se que a CNUDM ainda não estava vigente, de modo que é possível afirmar que esse caso retrata uma postura mais autêntica do *ethos* comercial, já que ainda não haviam muitos tribunais para dialogar.

Os seguintes países se apresentaram como terceiros interessados: Austrália, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, a Comunidade Europeia (CE), Índia, Indonésia, Japão, Coreia, Nova Zelândia, Nicarágua, Noruega, Peru, Filipinas, Senegal, Cingapura, Tanzânia, Tailândia, Tunísia e Venezuela (WTO/DS21/R).

Foi observado que a pesca de atum no Leste Tropical do Oceano Pacífico, que utilizava métodos mais arcaicos como a rede de cerco e arrasto, capturava indiretamente grande quantidade de golfinhos. Desta feita, a fim de dar cumprimento à legislação nacional de Proteção aos Mamíferos Marinhos (MMPA, sigla em inglês), os Estados Unidos iniciaram política unilateral que restringia a importação do atum e de demais produtos pesqueiros aos estados que demonstrassem não ter um programa similar regulamentando a proteção dos mamíferos marinhos ou que o número de golfinhos capturados incidentalmente se assemelhasse às estimativas estadunidenses (embargo de nação primária). A restrição também se estenderia ao atum e aos produtos pesqueiros de terceiro Estado, caso a captura tivesse utilizado rede de cerco e arrasto de navio de estado sujeito ao embargo de nação primária (embargo de nação intermediária) (WTO/DS21/R) (WTO, 2014).

A tecnologia utilizada pelo México na captura do atum não obedecia aos padrões estipulados pela legislação estadunidense, logo o Estado sofreu os efeitos do embargo e solicitou a formação de um painel junto ao GATT.

O México argumentou que: (i) o MMPA infringiu as regras XI¹⁰⁵ e XIII do GATT; (ii) a comparação da legislação interna estadunidense com a de outros países como forma de impor restrições ao comércio violou o art. III¹⁰⁶, GATT; e (iii) a extensão do embargo a todos os produtos pesqueiros transgrediu o art. XI. Os Estados Unidos contestaram argumentando que: (i) as barreiras estavam em conformidade com o art. I¹⁰⁷ e III(4) e/ou com as exceções previstas no art. XX (b) e (g); e (ii) o embargo para a nação intermediária estava de acordo com o art. III e/ou XX(b)(d)(g) (WTO/DS21/R) (WTO, 1994). Os Estados Unidos invocaram as disposições do CITES para sustentar que poderiam impor o embargo em região fora de sua jurisdição, haja vista

¹⁰⁵ Restrições quantitativas.

¹⁰⁶ Diretiva do Tratamento Nacional

¹⁰⁷ Cláusula da Nação mais Favorecida.

a característica dos golfinhos como espécies altamente migratórias. Em suma, é possível afirmar que o problema jurídico circundava a identificação da possibilidade de um Estado aplicar seus *standards* nacionais de proteção dos recursos vivos extraterritorialmente como justificativa para a imposição de embargos ao comércio (WTO, *Environmento Dispute 4*). Sob outro prisma: as políticas nacionais estariam subordinadas ao livre comércio?

Em sua *ratio decidendi*, o painel começou por analisar o embargo da nação primária. Nessa oportunidade, considerou o artigo XI(1), que proíbe medidas quantitativas de restrição ao comércio, e o art. III(1)(4), que permite que as legislações nacionais imponham restrições não discriminatórias aos produtos importados. Foi acolhida a tese de que o art. III (1) se referia unicamente a medidas nacionais adotadas em relação a produtos. Portanto, a regulação da pesca do atum, objetivando impedir a captura de outras espécies por motivos de preservação, não se inseria nas hipóteses do art. III, haja vista não influir na venda do pescado e não interferir no pescado como produto. Portanto, as proibições foram consideradas barreiras não tarifárias proibidas pelo artigo XI (WTO/DS21/R, parágrafo 5.14 e 5.18).

O ponto mais interessante foi a análise do art. XX (b)(g), que versa sobre os casos em que a imposição de barreiras ao comércio é permitida. Conforme já explanado no capítulo 2, essa é uma das situações em que o regime do Comércio incorpora normas externas e que pode ser limitado por outras semânticas. Por essa razão, esse dispositivo será o ponto fulcral de grande parte dos casos que envolvem os recursos pesqueiros e as medidas de proteção ao meio ambiente. Essas previsões são deveras abrangentes e lacunosas, por exemplo não há definição precisa do que seja uma medida que atente contra a moral pública, razão por que o painel estabeleceu que essas regras devem ser interpretadas de maneira mais restrita possível, a fim de evitar sua instrumentalização para esconder medidas protecionistas (WTO/DS21/R, parágrafo 5.22) (OLIVEIRA, 2010, p. 132).

Segundo a alínea (b), podem ser impostas barreiras necessárias para proteger o ser humano, os animais, a vida vegetal ou a saúde; de acordo com a (g), são possíveis a imposição de barreiras para a conservação dos recursos naturais ameaçados, se essas medidas são acompanhadas de outras medidas relativas a produtos domésticos.

A interpretação do painel seguiu a diretiva restritiva e, ao passo em que reconheceu que a teleologia do art. XX(b) permite a cada Estado dispor sobre seus parâmetros internos para a proteção do ser humano, dos animais, da vida vegetal e da saúde, entendeu que essas normativas devem ser interpretadas à luz dos parâmetros da “necessidade”¹⁰⁸ — se não existe medida menos

¹⁰⁸ A partir do estudo da jurisprudência do OSC, Amaral Júnior (2008, p. 195) identifica que o critério de necessidade deve obedecer a três fatores: “(1) a importância dos valores e interesses que a medida governamental deseja proteger;

gravosa — e “não discriminação” para balizar a discricionariedade estatal (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 193). No caso concreto, o painel entendeu que os Estados Unidos não lograram comprovar que havia necessidade para os embargos, pois não se utilizaram de outros recursos possíveis, como a cooperação bilateral entre as partes (WTO/DS21/R).

Quanto ao art. XX(g), foi invocado posicionamento adotado em caso anterior, o qual limitava a aplicação das medidas de conservação à jurisdição estatal, pois somente nessa região o estado poderia verificar o impacto das medidas na produção e no consumo do recurso. A partir desse entendimento, considerando o caráter móvel dos recursos pesqueiros e a impossibilidade de aplicar esse dispositivo extraterritorialmente, também não se acolheu esse argumento. (WTO/DS21/R). Como o embargo à nação primária foi considerado discriminatório, o embargo da nação intermediária também não estava de acordo com o GATT.

Interessante notar que todos os Estados que atuaram como interessados manifestaram-se de acordo com os argumentos mexicanos. Alguns, como a Noruega, demonstraram acolher as preocupações estadunidenses com a preservação do meio ambiente marinho, no entanto, ao final, também concordavam que as barreiras não seriam adequadas. A Venezuela, por sua vez, afirmou que:

[...] the embargo was not justified under Article XX. Article XX (b) did not apply because dolphin populations are not endangered; even if they were, nothing in Article XX(b) suggested that a country could restrict trade to protect the life or health of humans, plants or animals whose habitat is outside the importing nation's territory. (grifou-se) (WTO/DS21/R, parágrafo 4.29).

Esse excerto, embora proveniente da manifestação singular de um estado, retrata a visão de mundo da plateia interna ao regime do Comércio naquele período: não há justificativa para que medidas de proteção às espécies, inclusive no caso de espécies ameaçadas, sejam impostas extraterritorialmente, de modo a restringir o comércio.

Desta feita, em seu relatório, o painel correspondeu às expectativas esperadas pelo público do regime do Comércio e, conforme relatado acima, interpretou que nenhum estado pode implementar legislação que proteja os *global commons* ou as espécies que os habitam se isso interferir negativamente no comércio, bem como interpretou que a forma como os produtos e as mercadorias são produzidos ou capturados não deve ser considerada para determinar a igualdade de tratamento referida no artigo III. Se o produto não é, por si só, prejudicial ao meio ambiente e a medida imposta nacionalmente não se refere especificamente às características do produto, então a medida se enquadra como uma barreira tarifária ilegal. Ademais, o critério da “necessidade” também foi interpretado a partir da ótica comercial, ou seja, os estados devem

(2) a existência de alternativas ‘razoavelmente disponíveis’ para cumprir o mesmo objetivo e (3) a adoção de medidas menos gravosas para as obrigações assumidas pelos membros da OMC.”

buscar atingir seus objetivos políticos pelo modo menos restritivo ao comércio, independentemente de outros fatores, como a efetividade da medida ou a urgência (BEYERS, 1992, p. 246).

Posição semelhante foi adotada no Caso *US-Tuna II*¹⁰⁹, em que a CE e a Holanda demandaram os Estados Unidos perante o GATT por situação semelhante (Amaral Júnior, 2008, p. 201). Cumpre mencionar que os relatórios dos painéis no *US-Tuna I* e no *US-Tuna II* não foram adotados¹¹⁰, pois o consenso não foi alcançado. Politicamente, os efeitos da decisão desencorajavam os Estados a adotarem medidas protetivas ao meio ambiente.

Como bem sintetiza Howse (2002, p. 492):

Traditionally, the GATT demonstrated respect for regulatory diversity and progressive government. But after Tuna/Dolphin, environmentalists — and others with concerns about how the trading system balances competing values — saw the GATT as a regime dedicated to the triumph of free trade over all other human concerns.

Em relação aos níveis de interação propostos, identifica-se que as partes e alguns terceiros interessados suscitaram, em suas argumentações, o CITES como argumento para defender ou para barrar os embargos impostos. Da mesma forma, o México tentou descredibilizar as medidas impostas pelos Estados Unidos citando estudos da FAO para comprovar que a interação entre espécies de atunídeos e golfinhos ocorriam ao redor do mundo e não somente no Leste Tropical do Oceano Pacífico, logo, as medidas conservacionistas localizadas em uma região não teriam efeitos concretos. No entanto, o painel não fez referência a esses acordos durante suas disposições, motivo pelo qual, para a presente pesquisa, não se considera que essas menções representaram interações, embora tenham representado “irritações”.

Além do vocabulário comercial e ambiental, cumpre destacar o início do uso da linguagem científica e tecnológica como embasamento para a atuação dos Estados nos regimes e para a exclusão da participação de outros Estados. Os Estados Unidos impuseram seus meios técnicos como parâmetro para os demais Estados seguirem, caso ainda desejassem exportar atum aos seus mercados. Com essa medida, mesmo existindo boa-fé da comunidade internacional,

¹⁰⁹ Em interessante análise, Howse (2002, p. 491) aponta a principal diferença entre os casos *US-Tuna I* e *US-Tuna II*: “In this second Tuna/Dolphin ruling, the panel rejected the territorial limitation that the first Tuna/Dolphin panel had placed on Art. XX, instead suggesting that Article XX (b) and (g) could not apply to measures that would only be effective in protecting the environment were other countries to change their policies. This restriction seems based on a misunderstanding of economics. Even if the exporting country does not change its policies, the reduction of imports of dolphin-unfriendly tuna will at the margin lead to less dolphin-unfriendly tuna being produced, and therefore fewer dolphins being killed. However, as noted in footnote 2, it is true that measures such as this are under-effective in protecting the environment, unless they induce the target country to change its policies. The panel was wrong to assume that there would be no positive environmental effect whatever, absent a policy change.”

¹¹⁰ Como já mencionado, pelo sistema do GATT, antes da Rodada do Uruguai, todos os países tinham de aprovar os relatórios para que eles fossem adotados. Na OMC, por sua vez, utiliza-se o “consenso reverso”, segundo o qual uma decisão somente não será acolhida se todos os membros votarem contra (BARRAL, 2004, p. 47).

muitos Estados permaneceriam excluídos desse mercado por não ter acesso à tecnologia suficiente. Essa foi exatamente a preocupação que gerou as negociações para a aprovação do acordo TBT. Logo, pode-se cogitar que aqui houve uma possível estratégia de gerenciamento, mediante a qual a linguagem técnica foi utilizada como forma de restrição comercial.

Os termos estabelecidos como parâmetros de análise — desenvolvimento sustentável, princípio da precaução e abordagem ecossistêmica — não foram utilizados, isso porque ainda estavam em fase embrionária. Em verdade, a própria adoção dos termos, em especial o termo “desenvolvimento sustentável”, ocorreram a partir de uma mudança de postura do regime comercial.

A esse respeito, Amaral Júnior (2008, p. 1999) esclarece que “existe, na esfera ambiental, uma linha divisória clara entre a jurisprudência do GATT e da OMC originada, sobretudo, na maior sensibilidade à emergência de novos valores que o Direito Internacional prontamente incorporou”. Nesse contexto, entende-se que a mudança de percepção do regime do Comércio não se deu a partir de um desenvolvimento natural do GATT para a OMC. Alguns *insights* sobre fatores que forçaram uma nova percepção incluem: (i) a atuação mais incisiva de novos atores, como as ONGs, e a emergência de uma sociedade civil transnacional, que trabalharam para que novos valores fossem considerados pelo comércio (KINGSBURY, 1994, p. 17); (ii) a realização das convenções-quadro sobre o meio ambiente, nas quais floresceram os termos utilizados como parâmetros para a presente análise e uma percepção da necessidade de implementação de políticas comuns que ultrapassassem a semântica estatal e se dirigissem à gestão dos *global commons*; e (iii) a emergência de novos regimes, como o do Direito do Mar, que incrementaram a complexidade do sistema internacional com novos vocabulários, os quais foram assimilados, seja por processos de irritação, seleção e reestabilização, seja por meio de uma cooperação *cross-regime* ou da cooptação *mainstreaming*. Nesse contexto, resta saber qual foi o grau de abertura aceito pelo regime econômico.

O Caso *Shrimp-Turtle* é apresentado de forma comparativa a fim de possibilitar identificar como a visão do regime do Comércio, já no âmbito da OMC, foi alterada.

Em 1997, o OSC estabeleceu um painel, a pedido da Malásia, Tailândia, Paquistão e Índia, para avaliar o embargo parcial imposto pelos Estados Unidos à importação de camarões e produtos derivados. O relatório do painel foi publicado em maio de 1998, os Estados Unidos apelaram ao OA e, em outubro do mesmo ano, a decisão final foi publicada. Participaram como interessados os seguintes Estados: Austrália, Canadá, Colômbia, Costa Rica, CE, Equador, El Salvador, Guatemala, Hong Kong, China, Japão, México, Nigéria, Filipinas, Senegal, Cingapura, Sri Lanka, Venezuela e a República Bolivariana. Foram apresentados dois relatórios de ONGs

desejosas de participar como *amicus curiae*, o primeiro foi elaborado em parceria pela Centro para a Conservação Marinha (CMC) e Centro para o Direito Internacional do Meio Ambiente (CIEL), e o segundo pela WWF (WT/DS58/R) (WTO, *Current status*).

Nos Estados Unidos, todas as espécies de tartarugas marinhas existentes são listadas como espécies ameaçadas na legislação nacional e estudos científicos identificaram que muitas tartarugas eram capturadas incidentalmente nas redes de pesca de arrasto do camarão (WT/DS58/R).

A fim de combater a erradicação dessas espécies, o país exigiu que todos os navios pesqueiros de camarão nacionais instalassem um dispositivo que excluísse tartarugas (TED, sigla em inglês), que se tratava de um alçapão que permitia que tartarugas e objetos maiores pudessem ser retirados das redes de arrasto. Ato contínuo, a seção 609 da *US Public Law* 101-162, doravante “seção 609”, foi promulgada contendo dispositivo que restringia a importação de camarões e produtos derivados cuja pesca adotasse tecnologia causadora de impacto negativo nas tartarugas marinhas. Um certificado foi adotado para atestar os produtos que cumpriram as medidas de conservação. Em seguida, os Estados Unidos publicaram orientações, informando que seriam considerados equivalentes ao programa nacional de proteção às tartarugas os programas estrangeiros que se comprometessem em adotar TEDs para toda a sua frota pesqueira (WT/DS58/R).

Os demandantes argumentavam que a seção 609: (i) violava os preceitos dos artigos XI(1) e XIII(1), GATT; (ii) não estavam abarcadas pelas exceções contida nos artigos XX(b)(g), GATT; (iii) suspensava o teor dos artigos XXIII(1)(a), GATT. Índia, Paquistão e Tailândia ainda defendiam que a seção 609 violava o art. I(1). Em contrapartida, os Estados Unidos argumentavam que o embargo se inseria nas hipóteses previstas nos artigos XX(b) e (g), GATT. Registre-se que, em suas colocações, o Estado demandado sustentou que o uso do TED havia se tornado uma norma multilateral ambiental e citou diversos instrumentos internacionais que davam suporte ao embargo imposto, tais como CITES, CNUDM, FSA, UNFCCC, Declaração do Rio de 1992, Convenção Interamericana para a Proteção e Conservação das Tartarugas Marinhas (WT/DS58/R).

Como é possível observar, os dois casos guardam muitas semelhanças tanto em relação aos aspectos fáticos quanto a respeito dos argumentos jurídicos levantados pelas partes. A grande diferença diz respeito à conjuntura internacional em que a controvérsia foi resolvida. Além desta ter ocorrido no contexto pós-Rodada do Uruguai, ou seja, com o OSC já estruturado, importantes eventos internacionais haviam ocorrido como a Eco 92, a entrada em vigor da CNUDM, do FSA e a inauguração do TIDM. Assim, entende-se importante observarem que

grau esses eventos interferiram no regime do Comércio Internacional para além da argumentação das partes, que aqui funciona como uma “irritação”, de acordo com a terminologia da teoria dos sistemas.

Há ainda duas outras diferenças importantes, a primeira diz respeito à importância do argumento da transferência de tecnologia na argumentação das partes, o segundo refere-se à participação de ONGs como *amicus curiae*, sem receber convite prévio. No caso anterior, aspectos relacionados a transferências de tecnologia foram apenas citados, porém não muito explorados, já este o caso em questão dedicou parte dos informes do painel ao debate entre os demandantes e o demandado sobre o cumprimento da obrigação estadunidense de transferência de tecnologia. Essa obrigação não está expressamente prevista no GATT e só perpassa o tema do TBT, o qual, expressamente, restringe a utilização de regulações, normas, teste e certificações como obstáculos desnecessários ao comércio. No entanto, ela é expressamente prevista na CNUDM em diversos momentos, especialmente na Parte XVI.

Em relação à participação das ONGs como *amicus curiae*, Young (2013, p.220) esclarece que essa é uma forma do OSC da OMC ter contato com informações provenientes de fontes externas ao regime¹¹¹, ou seja, essa seria uma forma de interação não direta do regime com outros Tribunais. Conforme já mencionado no capítulo anterior, o painel pode receber as informações dos *amicus curiae*, no contexto de seu poder geral de consulta (WT/DS58/AB/R), parágrafos 107-110), previsto do art. 13, DSU. No entanto, o painel acolheu as alegações da Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia e sustentou não ter poderes para tal, entendimento revisto pelo OA¹¹². Apesar disso, inexistiu caso em que o OA tenha considerado as informações dos *amicus curiae* em seus julgamentos (YOUNG, 2013, p.223).

Em relação aos demais pontos suscitados, o painel novamente atendeu às expectativas dos demandantes e do público interno ao regime do Comércio, e concluiu que a seção 609 constitui uma barreira ilícita ao comércio, como aparece descrita no art. XI, GATT. Por essa razão, o painel julgou desnecessário avaliar suposta violação aos artigos I(1) e XIII(1) (WT/DS58/R).

A respeito da interpretação do artigo XX(b) e (g), o painel iniciou sua argumentação analisando o *caput* do artigo. Avaliou que as medidas de conservação devem ser adotadas multilateralmente ou por meio de cooperação, e não de forma unilateral como o fez os Estados

¹¹¹ A autora utiliza o termo “*non-WTO sources*” para se referir a essas fontes externas aos regimes.

¹¹² Young (2013, p. 222) informa ainda que esse posicionamento do OA gerou muita oposição, não somente proveniente dos países desenvolvidos, mas, surpreendentemente, também de países em desenvolvimento. Isso porque “Commentators have opined that the environment and labour NGOs that are most likely to file briefs are likely to be based in the ‘West’ and to argue against the interests of developing countries to exploit their own resources”.

Unidos. Entendeu também que os Estados Unidos não demonstraram vontade em negociar com os demandantes antes de impor as medidas de embargo e que o uso dos TEDs não configura uma norma sobre o meio ambiente multilateralmente reconhecida. Nessa oportunidade, o painel interpretou que a CNUDM aborda a utilização de mecanismos para evitar a captura incidental de espécies, mas não menciona os TEDs. A partir dessas considerações, entendeu-se não ser necessário analisar a fundo o cabimento dos incisos (b) e (g) (WT/DS58/R).

Observa-se um cuidado maior do painel em embasar seus entendimentos e recorrentemente mencionar que não era desconsiderada a necessidade de proteger as tartarugas marinhas. Tal cautela pode ser evidenciada também pelo fato de o painel ter solicitado informações sobre o tema a *experts*, ainda que as partes não tenham suscitado. Esses profissionais basearam suas conclusões em diversas fontes externas à OMC como, por exemplo, a CNUDM e o Código de Conduta da FAO, CITES; as pesquisas da IUCN e, nesse contexto, salientaram a importância do princípio da precaução (YOUNG, 2013, p. 212). Ocorre que todo esse cuidado na preservação marinha só não poderia ocorrer limitando o vocabulário comercial. Nessa perspectiva, o vocabulário protetivo poderia continuar a existir enquanto fosse submisso aos interesses comerciais.

Importante assinalar que, considerando que muitos argumentos foram construídos com base em informações e interpretações de outras organizações intergovernamentais, o painel teria a competência para questionar o secretariado destas a fim de elucidar pontos e realizar uma interpretação mais adequada, no entanto não o fez nesse caso, nem na grande maioria dos outros casos (YOUNG, 2013, p. 216). Em face do exposto, os ensinamentos de Scovazzi (2015, p. 16), já mencionados anteriormente no que se refere ao receio dos tribunais em admitir que tinham sido persuadidos por elementos de outras fontes, talvez explique essa omissão da OMC. O movimento dúbio de interpretação (empréstimo e incorporação), mencionado por Matz-Lück, também serve de guia para entender essa atitude. Para a manutenção da força e das expectativas do regime, é mais interessante que o painel realize a sua própria leitura do outro do que simplesmente aplicar uma norma externa diretamente.

Os Estados Unidos apelaram dessa decisão ao OA, que se mostrou bastante crítico à interpretação do artigo XX desenvolvida pelo painel, pois não haviam sido consideradas outras obrigações internacionais assumidas.

O OA fez três importantes críticas ao julgamento do painel. Primeiramente, a crítica se deu a partir da rememoração do entendimento adotado no caso *United States – Gasoline*, que afirmou que a análise de uma exceção contida no art. XX deve ocorrer em dois momentos: primeiro, avalia-se a justificativa que caracterizou a medida sob o artigo XX(g) e se ela é

necessária para satisfazer o objetivo proposto, após, verifica-se se a medida respeitou os requisitos contidos no caput do art. XX, como a ausência de discriminação arbitrária ou injustificada, ou a imposição de barreiras impróprias ao comércio (AMARAL JÚNIOR, 2008, 193). Desta feita, o painel incorrera em erro ao ter invertido essa ordem de avaliação (WT/DS58/AB/R, parágrafos 119-120). A segunda crítica deve-se ao fato de o painel ter analisado se o formato das medidas adotadas pelos Estados Unidos é justificado pelo artigo XX, quando só deveria ter verificado se as medidas tinham sido aplicadas consoante esse dispositivo. A terceira consistiu em entender que os Estados Unidos não poderiam ter imposto exigências para os produtos externos ingressarem em seu mercado, o que confrontaria com todas as políticas domésticas e invalidaria o art. XX, GATT (HOWSE, 2002, 496-498).

Ao reanalisar o caso a partir dessas críticas, o OA criticou bastante o entendimento do painel e reanalisou as disposições do GATT, à luz do sentido literal do texto, como previsto na CVDT, e citou também a posição da CIJ sobre a necessidade de interpretar os conceitos internacionais em um contexto evolutivo, rompendo, assim, com a jurisprudência anterior do regime comercial (em especial o caso *Tuna-Dolphin*) (HOWSE, 2002, 515).

Nesse contexto, salientou que o termo “desenvolvimento sustentável” tinha sido acrescentado no acordo de Marraquexe, que a OMC tinha estabelecido um Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente e que tomavam nota de vários instrumentos internacionais relevantes para o caso, como a CBD, a Agenda 21, a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres (CMS), a CITES e a CNUDM (YOUNG, 2013, p. 201).

Com base nesses argumentos, o OA entendeu que o termo “recursos naturais esgotáveis”, contido no art. XX(g), engloba os recursos vivos, incluindo, a partir do CITES e dos relatórios da IUCN, as tartarugas marinhas (YOUNG, 2013, p. 204). Então, foi perquirido se havia proporcionalidade entre a estrutura das medidas aplicadas e o objetivo de conservação desse recurso natural esgotável, ao que o OA acenou positivamente. Dessa forma, as medidas impostas pelos Estados Unidos estariam abarcadas no art. XX(g) (WT/DS58/AB/R, parágrafos 122-185) (HOWSE, 2002, 501).

Um ponto que restou indefinido em relação ao caso *Tuna-Dolphin* foi identificar se as medidas do art. XX(g) requerem um nexo geográfico ou jurisdicional. O OA não foi explícito quanto a esse aspecto e defendeu que as políticas podiam ser implementadas em razão das tartarugas passarem parte do tempo no território estadunidense (HOWSE, 2002, p. 501).

Ocorre que o OA avaliou que os requisitos do *caput* do artigo XX (segundo nível de análise) não haviam sido observados. As medidas seriam injustificáveis por aplicar o mesmo tipo de restrição a todos os Estados sem considerar suas particularidades e ainda impor o embargo a

Estados que utilizassem o TED só porque realizavam a pesca em águas de Estados que não aplicavam as medidas. Ademais, avaliou que tais medidas seriam discriminatórias porque os Estados Unidos se recusaram a negociar com os demandantes, assim como havia feito com os países do hemisfério ocidental, e também descumpriram sua obrigação de cooperar, haja vista não serem membros da CNUDM, CMS nem da CNUDM¹¹³. Esse entendimento merece ser destacado, pois aqui a OMC não utilizou outros acordos como guias interpretativos, mas considerou a participação em outros acordos como critério de análise do comprometimento dos Estados Unidos com a proteção internacional do meio ambiente. Logo, o embargo foi considerado arbitrário e discriminatório (WT/DS58/AB/R, parágrafos 122-185) (YOUNG, 2013, p. 201) (HOWSE, 2002, 503-504).

Ainda houve mais um pronunciamento do painel e do OA, na fase de implementação da decisão, que decorreu do fato de a Malásia ter aumentado que os Estados Unidos estavam se abstendo de cumprir as determinações do OA. O Departamento do Estado dos Estados Unidos expediu uma nota interpretativa estendendo a certificação para os Estado que tivessem uma “estrutura efetiva comparativamente” para a proteção das tartarugas marinhas, ao invés de revogar ou emendar a seção 609 (WT/DS58/RW) (YOUNG, 2013, p. 194-195).

Nesse segundo momento, o painel, que estabeleceu uma diferença entre a obrigação de alcançar um acordo e a obrigação de negociar com boa-fé (obrigação de conduta), identificou que esta seria a obrigação imposta pelo Direito Internacional aos Estados Unidos e que havia sido cumprida. Na ocasião, também foram citadas fontes externas à OMC para embasar a obrigação de alcançar um acordo multilateral e a de negociar um acordo em boa-fé (WT/DS58/RW) (YOUNG, 2013, p. 195). Esse entendimento foi muito relevante, pois coaduna-se com o estabelecido pelo TIDM no julgamento da opinião consultiva n.º 21, que será desenvolvido mais adiante.

O relato acima realizado demonstra a ruptura gerada nas expectativas do público, a partir da jurisprudência anterior do GATT, sinalizando a seleção de perturbações do ambiente. Foram realizadas inúmeras citações a fontes externas à OMC, tanto pelas partes quanto pelo OA, para determinar a lei aplicável entre as partes; como ferramenta interpretativa para elucidar o sentido de termos dos tratados da OMC, de acordo com as regras costumeiras de interpretação; e para

¹¹³ Howse (2002, p. 506-508) assevera que essa interpretação do OA não teve por fim introduzir o dever de negociar e a obrigação de cooperar como um dos requisitos do *caput*, art. XX, mas somente de utilizar uma base de referência do Direito Ambiental internacional para interpretar se o comportamento discriminatório dos Estados Unidos foi injustificável. O autor também esclarece que o dever de negociar deve ser interpretado de forma comparativa, ou seja, os Estado Unidos deveriam negociar com os países demandantes da mesma forma como o haviam feito com os países do hemisfério ocidental, nem mais nem menos.

estabelecer os fatos em apoio ou contrários a uma reivindicação de violação a normas da OMC (YOUNG, 2013, p. 195).

A avaliação dos termos baseou-se no relatório do OA, pois ele foi mais fértil ao diálogo e acabou sendo a decisão final. A necessidade de uma abordagem ecossistêmica, considerando a relação entre as espécies, não foi mencionada, embora estivesse no pano de fundo das políticas adotadas pelos Estados Unidos para a proteção das tartarugas. O princípio da precaução foi citado uma vez, embora não tenha sido um recurso argumentativo forte, ao passo que o princípio do desenvolvimento sustentável foi mencionado diversas vezes. Nesse contexto, observa-se que sua utilização ocorreu para incutir a necessidade de balancear os interesses comerciais com os propósitos de proteção do meio ambiente, demonstrando a ruptura com a jurisprudência do caso *Tuna-Dolphin*, muito criticada (HOWSE, 2002, 492). Talvez essa tenha sido uma tentativa de conseguir a audiência do público ambientalista ou, ao menos, de parte dele.

Nesse contexto, conclui-se que a abertura do OSC para elementos externos, nesse caso, foi mais intensa, já que foi realizada menção explícita ao princípio do desenvolvimento sustentável. Além de alguns entendimentos terem sido embasados na CNUDM, foram observadas contribuições provenientes da FAO, da Agenda 21, da CBD, da UNFCCC e até de ONGs. Inclusive, foram essas fontes externas que permitiram ao OA realizar uma interpretação extensiva dos termos “recursos naturais renováveis”, “medida discriminatória” e “medida injustificada” do *caput* art. XX, GATT, entendendo as obrigações de negociar e cooperar conforme estava ali determinado. O entendimento sobre a interpretação das normas de forma evolutiva também merece destaque, pois está embasado na jurisprudência da CIJ, demonstrando que a percepção de Romano (2009) sobre a relação entre os tribunais específicos e a CIJ é correta. A consolidação sobre como interpretar o art. XX e seus incisos também foi uma contribuição do julgado, oportunizando que outras normas fossem utilizadas como guias interpretativos para a avaliação dos incisos. Apesar da rica construção argumentativa e da deferência a outros regimes, essa foi uma demonstração de que a OMC, ao realizar a leitura de instrumentos ambientais, insere-os na dinâmica de funcionamento do seu vocabulário comercial e este tende a prevalecer.

O caso *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products* tem pano de fundo bastante semelhante aos do anteriormente apresentados. De fato, ele é considerado como uma continuação ou um segundo “round” do caso *Tuna-Dolphin* (Reuters, *UPDATE 1-U.S. loses WTO appeal in Mexican tuna dispute*). Ocorre que o caso em questão foi julgado ainda durante o GATT/1947, ou seja, o regime do Comércio ainda não estava estruturado e não existia possibilidades de abertura para o diálogo com outros regimes. No

caso *Shrimp-Turtle*, elementos de proteção e conservação dos estoques foram discutidos e normas externas foram utilizadas para o convencimento sobre a necessidade de impor restrições ao comércio para salvaguardar as espécies marinhas. No entanto, as irritações, nesse caso, ainda não foram suficientes para promover sua restabilização no regime comercial. Cuida-se então da análise de caso mais recente em que esses argumentos já podem ter sido assimilados e a postura da OMC, em relação ao artigo XX e ao princípio do tratamento nacional, esteja menos restritiva.

Em setembro de 2011, o México solicitou a formação de painéis para verificar se o rótulo “*dolphin-safe*” adotado pelos Estados Unidos para identificar produtos decorrentes da pesca de atum obedeciam a alguns *standars* técnicos e jurídicos estabelecidos. Segundo o demandante, tais medidas violavam os artigos 1(1) e III(4), GATT/1994 e 2(1), 2(2) e 2(4), acordo TBT (WT/DS381/R). Assim, embora o caso anterior tenha mencionado as barreiras técnicas, coube ao caso em questão jogar luz sobre a utilização dos argumentos técnicos como políticas de restrição ao comércio.

Demonstraram interesse em participar como terceiros interessados os seguintes membros: Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Equador, Comunidades Europeias, Guatemala, Japão, República da Coreia, Nova Zelândia, Taipei Chinês, Tailândia, República Bolivariana da Venezuela e Noruega (WT/DS381/R). Os Estados Unidos sustentavam que as medidas se inseriam nas exceções previstas nos art. XX(b) e (g), GATT/1994.

O painel identificou que o rótulo “*dolphin-safe*” constituiu uma barreira técnica ao comércio, conforme disposto no TBT. Em contrapartida, não acolheu o argumento de que os produtos mexicanos estariam recebendo um tratamento menos favorecido em razão de sua origem. Em relação ao art. 2(2), o painel entendeu que as restrições impostas ao comércio eram excessivas para atingir os objetivos pretendidos. A esse respeito, o painel argumentou que as provas não demonstravam que as medidas tinham o condão de proteger a vida e a saúde dos animais e do meio ambiente. O painel entendeu que a medida não viola o art. 2(4), pois o *standard* internacional apresentado pelo México não seria apropriado para atingir os objetivos buscados (WT/DS381/R).

Na apelação, o OA reverteu a decisão do painel de que o artigo 2(1), TBT não teria sido violado. Também reverteu o entendimento de que haveria transgressão ao art. 2(2), TBT. Concordou com o posicionamento relativo ao art. 2(4), mas discordou da tese de que o Acordo sobre o Programa Internacional para a Conservação dos Golfinhos seria um *standard* internacional relevante. Interessante observar que novamente o OA teceu críticas ao princípio da economia aplicado pelo painel para não precisar considerar todos os argumentos jurídicos utilizados pelas partes (WT/DS381/AB/R).

Em novembro de 2013, o México solicitou novo painel para avaliar as medidas adotadas pelos Estados Unidos em cumprimento da decisão do painel. Na ocasião, foi estabelecido que as medidas domésticas adotadas violavam o art. I(1) e III(4), GATT/1994 e 2(1), TBT. Na oportunidade, os Estados Unidos contra-argumentaram que as medidas adotadas estavam respaldadas no art. XX(b)(g), GATT. O painel reconheceu a aplicabilidade dessas alíneas, no entanto, assim como no caso *Shrimp-Turtle*, entendeu que as medidas impostas seriam arbitrárias e injustificáveis (WT/DS381/RW/Add.1).

Em 2015, os Estados Unidos apelaram dessa decisão. O julgamento do OA foi publicado no final do ano e posicionou-se de forma muito crítica à construção argumentativa adotada pelo painel em relação a todos os pontos apelados. Desta feita, reverteu a decisão do painel de que o critério de elegibilidade adotado pelos Estados Unidos em atenção ao julgamento viola o art. 2(1), TBT. Em contrapartida, acordou com os entendimentos de violação do art. I(1) e III(4), GATT, e com o fato de não estarem atendidos os requisitos do art. XX, *caput* (WT/DS381/AB/RW).

Nesse caso, é possível inferir do posicionamento dos painéis e do OA que a interpretação do OSC, em relação às exceções previstas no art. XX do GATT, continua restritiva e obedecendo a parâmetros fluidos. O vocabulário comercial continua a ser privilegiado e a adoção de medidas internas de proteção ao meio ambiente a ser desencorajada.

No próximo item, verificar-se-á uma situação em que o diálogo entre os regimes não se restringiu à abertura interna para outras semânticas, mas houve um possível real embate entre os *ethos*.

3.3 Um embate entre os regimes do Direito do Mar e do Comércio: casos *Chile — Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish (DS 193)* e *Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean*

O caso relativo à conservação e exploração sustentável dos estoques de peixe-espada do sudoeste do oceano Pacífico foi uma disputa entre União Europeia e Chile, no ano de 2001, cujos fatos puderam ser analisados sob dois instrumentos internacionais, cada qual com sua respectiva cláusula compromissória, o que gerou uma disputa sob jurisdição do TIDM e outra sob a jurisdição da OMC (TREVIS, 2009, pp. 245-246). Trata-se, pois, de situações de procedimentos paralelos em dois Tribunais, a OMC com sua jurisdição compulsória exclusiva e o TIDM com a jurisdição compulsória, caso as partes assim escolham. Poder-se-ia estar diante de situação da aplicação do princípio do “mandato exclusivo” ou do “cada um por si”, a partir da análise de

Crawford e Nevill (2015). Haveria também a hipótese de o TIDM fazer deferência à jurisdição especial ou aplicar o princípio do *opt-out*. O fato de o procedimento na OMC ter iniciado primeiro, dificilmente, seria utilizado como motivo para suspender o procedimento no TIDM, de qualquer forma, havia uma remota hipótese de aplicar o princípio da prioridade no tempo.

Não houve sentença em nenhum dos dois tribunais, pois as partes entraram em acordo e pediram a suspensão dos procedimentos litigiosos. O caso perante o TIDM foi arquivado no ano de 2009. Na OMC, o caso foi suspenso em 2001 e arquivado em 2010. Apesar disso, o modo pelo qual os fatos que geraram as controvérsias foram apropriados pelas partes e acomodados dentro de cada regime o tornam o principal caso analisado pela literatura internacionalista, a qual avalia o embate entre a conservação dos estoques pesqueiros e o comércio internacional¹¹⁴.

O peixe-espada é uma espécie altamente migratória, descrita no Anexo I da CNUDM, que se distribui geograficamente por todo o globo. Uma das regiões de grande concentração de estoques desse peixe é no pacífico sul, onde conseguem se aproveitar da ressurgência provocada pela corrente de *Humboldt* para alimentar-se. Um dos países cuja economia e subsistência da população são dependentes desse recurso é o Chile, localizado estrategicamente em região próxima à passagem da corrente. Países como Japão, Coreia, Taiwan e Espanha também empreenderam pesca do peixe-espada no alto mar, o que, somado aos efeitos do fenômeno *El Niño*, acarretou uma diminuição dos estoques disponíveis na ZEE chilena ao longo da década de 1980 (ORELLANA, 2002, pp 56-58).

Em 1990, para evitar o colapso dos estoques, o Chile editou o Decreto 293 que dispunha sobre medidas de conservação das espécies altamente migratórias ameaçadas, tais como suspensão temporária do registro de novas embarcações pesqueiras; definição de uma zona exclusiva de pesca para os pescadores artesanais; regulamentação das técnicas e artes que poderiam ser empregadas na pesca; e proibição do atracamento em portos chilenos de navios que desobedecessem essas regras (ORELLANA, 2002, pp. 59-61).

Nos anos que se seguiram, foi adotada uma nova lei ainda mais restritiva que limitava a quantidade de captura permitida; retirava incentivos à pesca de espécies juvenis; atribuía poderes às autoridades administrativas para estabelecer medidas de conservação e gestão na ZEE e no

¹¹⁴ A doutrina aponta dois importantes pontos de interrogação gerados pela ausência de apreciação do caso: (i) como seria realizada a determinação dos fatos e provas? As determinações de um tribunal influiriam ou seriam consideradas pelo outro? (ii) Como os Tribunais responderiam aos questionamentos sobre a licitude das medidas de conservação impostas pelo Chile em seus portos? Provavelmente, a OMC entenderia que tais medidas violam as cláusulas de não discriminação, ao passo que o ITLOS poderia considerá-las como atinentes às competências do estado costeiro na gestão e conservação dos recursos. Como reagiriam diante de entendimentos controversos? (TREVIS, 2009, p. 246).

alto mar¹¹⁵; e mantinha a proibição de atracamento com o acréscimo da interdição do fornecimento de qualquer serviço aos navios que supostamente realizem atividades que afetem negativamente os estoques pesqueiros¹¹⁶. Em 2000, um ato subsequente solicitou que todos os navios estrangeiros não artesanais que realizassem pesca portassem um sistema de monitoramento de navios, por meio do qual pudessem informar sua localização a uma entidade parte da marinha chilena (ORELLANA, 2002, p. 61).

De todas as medidas adotadas pelo Chile, aquela que realmente incomodou a UE foi a proibição de atracamento nos portos, pois foi arguido que o deslocamento para outros portos importava em maiores custos. Inicialmente, com base nas disposições da CNUDM e no FSA, os dois países estabeleceram uma Comissão Técnica e Científica Bilateral para trocar informações e mecanismos de cooperação a fim de alcançar um entendimento (ORELLANA, 2002, pp. 61-63).

A esse respeito, conforme observado por Guruswamy (1998, p. 226) e por Shamsy (2002, p. 539), a escolha do foro é um elemento estratégico para aumentar as possibilidades da tese levantada e para fazer prevalecer os argumentos utilizados. Desta feita, não foi por acaso que a UE buscou a OMC arguindo que as medidas adotadas pelo Chile, especialmente a negativa de acesso aos portos, configuravam uma barreira ilegal ao comércio internacional, em violação às regras comerciais do GATT 1994. Tal estratégia, com certeza, observou a jurisprudência dos casos *US-Tuna I*, *US-Tuna II*, *Shrimp-Turtle* e, provavelmente, teria o mesmo desfecho do último, considerando que os argumentos jurídicos trazidos à baila pelas partes foram praticamente os mesmos. Assim, apesar de entender que as medidas impostas extraterritorialmente pelo Chile para a proteção do peixe-espada seriam possíveis nos termos do art. XX(g), dificilmente os requisitos do *caput* do art. XX estariam satisfeitos e seria identificada violação ao art. XI.

¹¹⁵ As medidas adotadas pelo Chile baseavam-se no conceito de mar presencial, uma região que vai além das dimensões da ZEE e não tem pretensões soberanas, mas de conservação e gestão dos recursos pesqueiros, considerando o impacto das atividades realizadas no alto mar com relação aos recursos das águas sob jurisdição nacional. De forma mais detalhada, Vicuña (1993, p. 88) esclarece que: “There is no question of exclusive coastal state rights involved in this concept, or the drawing of new maritime boundaries in a legal sense; neither should participation in such activities be understood as a kind of compulsory intervention by the coastal state in the activities undertaken by other countries, but only as ensuring its own right to operate actively in the area. The concept expressly safeguards the legal status of the high seas established by the 1982 Law of the Sea Convention and does not purport to disavow the high seas as such. It follows that the approach has been conceived of in a manner entirely consistent with the current status of the international law of the sea. (...) Again here there is consistency with the current and evolving status of international law. The concept does not have as such a jurisdictional content or claim to the area of the presential sea, but it can eventually have jurisdictional implications if mechanisms for international cooperation are nonexistent or ineffective. This would be the case, for example, if the coastal state has to introduce conservation measures in areas of the high seas in the absence of any other regulatory authority while negotiations conduce to a solution. Third, the concept of a presential sea is related to a broad view of national security, understood not in a strict military sense but in terms of protection of the national interest, including the economic dimension mentioned above, with particular reference to the Exclusive Economic Zone and the territorial sea”. Alguns argumentam que esse conceito tem por fim alargar aos poucos a jurisdição nacional sob os mares, a esse respeito ver: CLINGAN JR., 1993.

¹¹⁶ Conforme explanado na parte I, essa medida é possível a partir das disposições do FSA.

Nesse ínterim, em abril de 2000, a UE solicitou os procedimentos de consulta junto à OMC e, em novembro de mesmo ano, requereu a formação de um painel para avaliar se as medidas impostas pelo Chile poderiam ser entendidas como barreiras injustificáveis ao comércio. Os seguintes Estados solicitaram participar como interessados: Austrália, Canadá, Equador, Índia, Nova Zelândia, Noruega, Islândia e Estados Unidos (WTO, WT/DS193/3).

A UE argumentava que a proibição de acesso de seus navios aos portos chilenos violava os artigos V(1)(3) e XI(1), GATT (WTO, WT/DS193/1). O Chile alegou que as medidas impostas estavam embasadas no art. XX(b)(g), GATT. Provavelmente, perante a OMC, o caso seguiria o mesmo raciocínio do *Shrimp-Turtle* e os procedimentos impostos pelos Chile seriam consideradas barreiras arbitrárias ou desproporcionais ao comércio (SHAMSEY, 2002, p. 521). Essa questão será melhor desenvolvida adiante.

Por sua vez, em julho de 2000, logo após o início do procedimento de consultas ser estabelecido na OMC, o Chile dirigiu-se, estrategicamente, a uma Câmara Especial do TIDM formada por cinco juízes (ITLOS, 2000). Isso porque, a partir do posicionamento do TIDM no julgamento das medidas provisórias no caso *Southern Bluefin Tuna*, o argumento de proteção e conservação dos recursos marinhos seria, possivelmente, melhor acolhido.

Conforme salientado por Shamsey (2002, p.539):

Perhaps fearing that it [Chile] did not have a chance under the WTO free-trade regime, it may have seemed clever to bring a concurrent case, on the same facts, under the ocean-friendly structure of UNCLOS and ITLOS. Maybe Chile was even more visionary than has been speculated so far here, and took a measured risk in hoping to keep its regulation intact while providing a new international tribunal the chance to counteract the established judicial consensus on the free trade/conservation debate. It is also possible that Chile's last minute invocation of the 'Special Chamber' made up of five judges (one appointed by Chile) - not the normal twenty-one - was a clever move as well, and may show that Chile was serious about winning the dispute. Despite its practicality in the legal and political sense, in that Chile chose one of the judges, it seems this was a wise choice as well since decreasing the number of judges by sixteen (many of whom would have been European) would certainly depoliticize the process considerably. Whatever Chile's strategy or motives might have been in this situation, they seem to have worked [...].

No pedido junto ao TIDM, o Chile solicitou que a Câmara deliberasse se a UE: (i) cumpriu sua obrigação de conservação e gestão (art. 116-119, CNUDM) em relação aos recursos halieúticos presentes no alto mar próximo a ZEE chilena; (ii) cumpriu sua obrigação prevista no art. 64, CNUDM, de cooperar com o Chile para preservar o peixe-espada; (iii) violou os direitos e deveres soberanos do Chile de impor medidas de gestão e conservação não discriminatórias e de assegurar a implementação dessas medidas em seus portos; e (iv) cumpriu as obrigações estabelecidas no arts. 297(1)(b) e 300, CNUDM (ITLOS, 2000).

Na reposta apresentada, a UE utilizou o *ethos* comercial afirmando que o Chile havia violado o princípio da liberdade de pesca em alto-mar ao requerer a aplicação de sua legislação extraterritorialmente (ITLOS, 2000).

Dessa forma, o problema jurídico que seria enfrentado pelo tribunal era identificar se seria lícito uma nação implementar, de boa-fé, medidas de conservação unilaterais antes de iniciar negociações (SHAMSEY, 2002, p.537) (STOLL e VÖNEKY, 2002), ou seja, identificar se era possível restringir o princípio da liberdade de pesca e adotar medidas para além da cooperação prevista no art. 64, CNUDM.

Conforme já mencionado, no início de 2001, as partes entraram em acordo¹¹⁷. No TIDM, a ordem que decidiu pela conclusão e retirada do caso não mencionou a existência de um procedimento em paralelo perante a OMC (TIDM, 2009). No comunicado apresentado pelas partes à OMC, o qual solicitava o fechamento do caso, foi informado que o procedimento perante o regime do mar também havia sido finalizado (WTO, WT/DS193/1). Isso foi necessário em razão das disposições do art. 23(2), as quais proíbem que normas da OMC possam ser interpretadas por outros tribunais.

O panorama da aparente batalha dispunha, de um lado, da semântica do mar, voltada à conservação e ao uso sustentável do recurso, preocupada com o fato de o peixe-espada configurar uma espécie altamente migratória, e, de outro, da semântica comercial, voltada aos interesses mercadológicos do peixe-espada (STOLL e VÖNEKY, 2002, p. 22), supostamente surda em relação a outras relações que não se adequassem à semântica ter/não ter¹¹⁸. Um cenário que, citando o texto de Shamsey, assemelha-se ao confronto entre Davi e Golias (SHAMSEY, 2002, p. 520-537).

Sob outro enfoque, averso ao confronto, para Crawford e Nevill (2015), esse foi o momento do Direito em que, por meio da interação entre os dois regimes, as partes concluíram um acordo sobre a gestão dos recursos e permitiram o acesso dos navios espanhóis aos portos

¹¹⁷ Os exatos termos do acordo, segundo informados ao Tribunal, são: “1) a more structured framework of fisheries cooperation to replace and transform the 2001 bilateral Provisional Arrangement into a definitive commitment to cooperate for the long-term conservation and management of the swordfish stocks in the South Eastern Pacific. 2) conducting their respective swordfish fisheries to catch levels commensurate with the objective of ensuring the sustainability of these resources as well as safeguarding the marine ecosystem. 3) freezing of the fishing effort by both Parties at the 2008 level or at the maximum historical peak. 4) establishment of a Bilateral Scientific and Technical Committee (BSTC), with the following tasks: exchange of information and data on catch and fishing effort, as well as on stock status; providing scientifically-based advice to fisheries stocks managers to assist them in ensuring the sustainability of the fishing activities of both Parties; advising Parties on the adoption of further conservation measures if needed. 5) the multilateral consultation currently in place should include all the relevant participants in the South Eastern Pacific Ocean swordfish fishery and invited observers from existing organizations with a legitimate interest in the swordfish fishery. 6) agreement that EU vessels fishing for swordfish in the high seas in accordance with the objectives contained in the new Understanding shall be granted access to designated Chilean ports for landings, transshipments, replenishing or repairs” (ITLOS, 2009).

¹¹⁸ Aqui, é realizada uma alusão ao código de preferência da economia. Para maiores esclarecimentos, ver NEVES, 2013.

chilenos. Porém, cabe questionar: a medida de cooperação alcançada equilibrou de forma harmônica os interesses das duas partes? Como na história bíblica, Davi ganhou de Golias? Houve uma cooperação a partir do aprendizado mútuo entre os regimes (YOUNG, 2013) ou uma forma descentralizada de enfrentar os conflitos jurídicos a partir da compatibilidade normativa decorrente da irritação mútua entre regimes (TEUBNER e FISCHER-LESCANO, 2004)? Ou houve uma cooptação, o que simboliza uma hegemonia?

Nesse sentido, o acordo foi embasado no tripé formado pelo estabelecimento de estabelecer um Comitê Bilateral Técnico e Científico para trocar informações e dados sobre as quantidades de captura de cada um; a criação de um foro multilateral para discutir medidas de conservação às espécies do Sudeste do Pacífico; e a criação de um programa de pesquisa sobre a pesca do peixe espada, por meio do qual estaria autorizada a pesca de determinada quantidade de peixe-, a partir do acesso a três portos chilenos (ITLOS, 2009) (ORELLANA, 2002, p. 69) (WTO, WT/DS193/3).

O acordo utiliza o vocabulário conservacionista, mencionando expressamente a observância do princípio da precaução; da manutenção da sustentabilidade dos estoques; das relações entre os recursos pesqueiros e o ecossistema no qual estão inseridas; e, ainda, do estímulo à cooperação, inclusive prevendo expressamente a utilização do sistema de monitoramento de navios. No entanto, são evidentes a discrepância entre a quantidade de menções realizadas a estes termos e o grande número de citações às palavras “portos” e “navios” (UE, 2010). Isso sinaliza que a negociação entre as partes resultou em uma prevalência das solicitações hispânicas de acesso aos portos a despeito das medidas de conservação chilenas. Ademais, observa-se um recurso grande à retórica da ciência e da técnica como forma de garantir a imparcialidade das decisões adotadas pela Comissão Bilateral e de obscurecer qualquer posição política.

Orellana (2002, p. 71) aponta ainda as severas críticas realizadas pelos setores da sociedade civil — incluindo ONGs, e outras entidades como o CIEL, o Fundo para o Direito Internacional do Meio Ambiente e Desenvolvimento (FIELD) e o WWF — em decorrência da ausência de transparência e de participação na formulação do acordo.

Existem críticas também em relação à determinação do foro multilateral para discutir medidas de conservação e gestão das espécies. A UE defendia uma organização que atuasse com todas as formas de espécie migratórias, como a Comissão Interamericana do Atum Tropical (CIAT), que já administra o Programa Internacional para a Conservação dos Golfinhos; o Chile, por sua vez, defendia uma estrutura conforme a do Acordo de Galápagos, em que o Estado costeiro mantém certo protagonismo (ORELLANA, 2002, p. 73). Tal pendência parece ainda

persistir, segundo é possível inferir do teor da Decisão do Conselho Europeu relativa à aplicação do Memorando de Entendimento entre a UE e a República do Chile sobre a conservação das unidades populacionais de peixe-espada no oceano Pacífico Sudeste de 2010, que substituiu o acordo de 2001 (UE, 2010).

Portanto, apesar de não ser possível determinar exatamente quais seriam as posições do TIDM e da OMC no caso, é identificável que o medo gerado nas partes sobre a possibilidade de os dois Tribunais alcançarem decisões conflitantes propiciou a elaboração de um direito informal, negocial, em conformidade com os postulados de Young (2013) e Teubner e Fischer-Lescano (2004).

Inferese que houve uma cooperação *cross-regime*, pois os regimes elaboraram uma interpretação colegiada, alternativa. A esse respeito, o vocabulário do TIDM parece ter representado força o suficiente para contrapor o vocabulário econômico. No entanto, segundo demonstrado, no acordo realizado preponderaram interesses econômicos e o vocabulário técnico-científico foi largamente utilizado como forma de obscurecer esse aspecto. Aparentemente, dessa vez Davi não venceu.

A seguir verificar-se-ão se as expectativas em relação à postura conservacionista do TIDM foram confirmadas nos casos subsequentes, em especial nos de pronta liberação e na opinião consultiva sobre obrigações e responsabilidades em relação à pesca ilegal, não declarada e não regulamentada.

3.4 A relação entre a jurisprudência do TIDM sobre pronta liberação e a pesca: caso “*Volga*”

Em oportunidades anteriores, foi mencionado nesse texto que o trabalho do TIDM se destaca pela quantidade de casos de pronta liberação julgados e pela construção de uma jurisprudência sobre a quantificação da caução para liberação dos navios. Isso decorre, em grande parte, do fato de essas serem duas hipóteses de jurisdição compulsória do tribunal e de o regime conter previsões específicas sobre as medidas provisórias, que lhe permitem ser expedidas de forma célere e com efeito vinculante.

Nesse ínterim, a partir da análise dos casos selecionados que envolviam pedidos de pronta liberação¹¹⁹, observou-se que o contexto fático¹¹⁹ que gerou a maioria das apreensões de navios,

¹¹⁹ São eles:

- (i) caso 1 (M/V “SAIGA” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release);
- (ii) caso 2 (M/V “SAIGA” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea));
- (iii) caso 5 (“Camouco” (Panama v. France), Prompt Release);

tripulação e carga foi a alegação de exercício da pesca ilegal ou não reportada na ZEE do Estado costeiro. Conforme salientam Rothwell e Stephens (2004, p. 172), esses casos refletem a constatação de que empresas que detêm tecnologia para realizar pesca de longo alcance se aproveitam das lacunas na estrutura do Direito Internacional, das brechas nas legislações domésticas e dos fracos mecanismos de adjudicação para realizarem pesca IUU nas diversas áreas do globo. Ainda segundo eles, uma área em que essa prática ocorre com grande frequência é nos Mares do Sul¹²⁰, região que englobava os oceanos Atlântico Sul, Pacífico Sul e Índico, devido ao fato de ali existir uma combinação de fatores propícios, como soberania do Estado costeiro relativamente recente, o que implica na dificuldade da aplicação da legislação pesqueira, e águas pouco exploradas.

Considerando a representatividade desses casos, analisar-se-á o caso *Volga*, o primeiro em que o TIDM foi solicitado a avaliar se medidas adicionais não financeiras poderiam ser impostas como condição para a liberação de um navio. Em seguida, serão realizados alguns comentários sobre os demais casos, mas não serão aprofundadas questões relativas à quantificação do valor da caução, à determinação da nacionalidade dos navios ou aos efeitos decorrentes do confisco de um navio, visto que esses temas não são diretamente relacionados com a gestão sustentável dos estoques pesqueiros ou à proteção do meio ambiente marinho.

O *Volga* era um navio de pesca *long-line*, de propriedade da empresa *Olbers Co. Limited*, que exercia suas atividades arvorando a bandeira da Federação Russa. Esse Estado lhe concedeu licença para realizar atividades de pesca e exploração de outros recursos naturais para fins comerciais, em sua ZEE, no alto mar e na zona costeira de Estados estrangeiros, desde que observadas as regulamentações da indústria pesqueira, os tratados internacionais, as regras da navegação e o fornecimento de informações sobre capturas.

Em 7 de fevereiro de 2002, o navio *Volga*, sua carga e tripulação foram apreendidos pelas autoridades australianas no alto mar, em região muito próxima à ZEE das ilhas *Heard* e *McDonald*, por estar supostamente realizando pesca ilegal em águas sob sua jurisdição.

A região em que essas ilhas se localizam está sob o regime da Convenção para a Conservação dos Recursos Vivos Marinhos da Antártica (CCAMLR), um instrumento regional parte do Sistema de Tratados da Antártica. À época, evidências científicas comprovavam a diminuição dos estoques pesqueiros, em especial da marlonga, na região adjacente às ilhas

-
- (iv) caso 6 (“Monte Confurco” (Seychelles v. France), Prompt Release);
 - (v) caso 8 (“Grand Prince” (Belize v. France), Prompt Release);
 - (vi) caso 11 (“Volga” (Russian Federation v. Australia), Prompt Release);
 - (vii) caso 13 (“Juno Trader” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Prompt Release);
 - (viii) caso 14 (“Hoshinmaru” Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release);
 - (ix) caso 15 (“Tomimaru” (Japan v. Russian Federation), Prompt Release);

¹²⁰ Tradução livre para *Southern Ocean*.

Kerguelen, Crozet, Heard, and McDolands, e que a exploração comercial dessas espécies estava ameaçada pela prática de pesca IUU. Também havia comprovações sobre o impacto negativo da pesca IUU na quantidade de espécies de aves marinhas, capturadas indiretamente. Nesse contexto, no âmbito da CCAMLR, Estados com possessões insulares na região, como França, Reino Unido e Austrália, tinham permissão para exercer jurisdição costeira e regular a pesca em suas áreas adjacentes¹²¹ (ROTHWELL E STEPHENS, 2004, p. 173-174).

A Rússia negou que o navio estivesse exercendo pesca na ZEE australiana e argumentou que as autoridades da contraparte não haviam feito nenhuma forma de contato antes de apreenderem o navio. Em relação à caução, argumentou-se que o valor cobrado pela Austrália não era razoável, pois contemplava condições não pecuniárias, o que não seria cabível nos termos dos artigos 73(2) e 292 (1)(2)(3)(4) (ITLOS, 2002).

A Austrália, por sua vez, argumentou que a incorporação desses itens foi necessária para garantir o comprometimento dos navios estrangeiros com as leis nacionais e os *standards* internacionais e, ainda, para garantir a gestão sustentável dos recursos marinhos e desencorajar a pesca IUU. Assim, além do valor do navio e da carga apreendida, o Tribunal também deveria considerar a gravidade do crime cometido, praticado reiteradamente na região, o nível de preocupação internacional em relação à pesca IUU, um valor referente à instalação de um Sistema de Monitoramento de Navio, mecanismo adotado no âmbito da CCAMLR (ITLOS, 2002).

Verifica-se, portanto, que o problema jurídico desse caso se assemelha aos analisados no item 3.2, haja vista que se discute a possibilidade da aplicação de *standards* nacionais ou regionais a regiões externas à jurisdição respectiva, seja na imposição de limitações ao comércio, seja na valoração da sanção pecuniária referente à liberação de navio que exercia atividade ilegal.

A respeito da última indagação, a CNUDM não especificou os critérios aptos a classificar uma caução como “idônea”. Nesse sentido, a jurisprudência do tribunal foi fértil em identificar como suprir essa lacuna. Por exemplo, no caso *Comuco*, o tribunal estabeleceu que entre os elementos que devem nortear a avaliação sobre a razoabilidade de uma caução estão a gravidade da suposta ofensa; a pena referente ao ilícito cometido, de acordo com as leis do Estado costeiro; o valor do navio detido e da carga apreendida; e o valor e a forma da garantia (ITLOS, 2000a).

No caso *Monte Confurco*, o TIDM afirmou que a lista de critérios informada no caso anterior não é completa, tampouco há uma forma rígida de estabelecer o peso de cada um deles.

¹²¹ A partir dessa permissão, a França e a Austrália implementaram políticas de gestão da pesca e impuseram sua jurisdição de forma mais ativa na região, inclusive apreendendo navios acusados de exercer pesca IUU. Foi nesse contexto que esses Estados se envolveram em inúmeros casos de pronta liberação no TIDM, como: *Comuco*, *Monte Confurco*, *Grand Prince* e *Volga*. (ROTHWELL e STEPHENS, 2004, p. 173-174)

É possível identificar que a argumentação da Corte, nessa situação, buscou conciliar os interesses dos Estados costeiros e os dos Estados que exercem a atividade pesqueira, demonstrou bastante sensibilidade ao vocabulário conservacionista e frisou a necessidade de considerar o contexto em que a pesca ilegal estava sendo cometida (ITLOS, 2000b):

79. The Respondent has pointed out that the general context of unlawful fishing in the region should also constitute one of the factors which should be taken into account in assessing the reasonableness of the bond. In its view, this illegal fishing is a threat to the future resources and the measures taken under CCAMLR for the conservation of toothfish. The Respondent states that “[a]mong the circumstances constituting what one might call the ‘factual background’ of the present case, there is one whose importance is fundamental. That is the general context of unlawful fishing in the region concerned.” The Tribunal takes note of this argument.¹²² (grifou-se)

A possibilidade de inclusão de medidas não pecuniárias na caução, como medida preventiva, já havia sido indagada ao Tribunal no caso *Grande Prince*. No entanto, como o TIDM entendeu não ter jurisdição naquela situação, ainda pairavam dúvidas, embora os entendimentos estivessem demonstrando o acolhimento de aspectos conservacionistas (ITLOS, 2001).

Apesar dessa aparente busca de equilíbrio na argumentação empreendida, o TIDM considerou que os termos “*bond or other security*”, contidos no art. 73(2), não poderiam ser interpretados de modo a englobar uma “*good behaviour bond*”, como a Austrália denominava as medidas não pecuniárias que visavam garantir a não repetição e desencorajar os navios a exercerem a atividade de pesca IUU.

Cumprir observar que a decisão em comento contrariou o entendimento firmado no caso *Monte Confurco*; tal incongruência é visível quando comparados o excerto citado acima e o seguinte:

83. In the view of the Tribunal, matters relating to the circumstances of the seizure of the *Volga* as described in paragraphs 32 to 33 are not relevant to the present proceedings for prompt release under article 292 of the Convention. The Tribunal therefore cannot take into account the circumstances of the seizure of the *Volga* in assessing the reasonableness of the bond. (grifou-se)

Portanto, a ilegalidade da atividade de pesca realizada não foi sequer posta em discussão para que o Tribunal chegasse a esse entendimento. Por um lado, deve-se esquivar de adotar medidas que infrinjam a liberdade de navegação (apreensão de navios), e não é possível inserir na quantificação da caução valores que representem mecanismos preventivos; por outro, os Estados costeiros devem cumprir suas obrigações de conservar os recursos vivos na ZEE e no alto mar,

¹²² Interessante observar que, assim como no caso *Monte Confurco*, os fatos que geraram a controvérsia no caso *Volga* ocorreram também na mesma regulamentada pela Convenção para a Conservação dos Recursos Vivos Marinhos da Antártida (CCAMLR), que convive com o esgotamento de alguns recursos como a merluza da Patagônia. Logo, seria mais natural que a TIDM realizasse uma interpretação mais próxima à adotada no caso *Monte Confurco*.

mantendo a sustentabilidade de seu uso. Desta feita, além das posições do tribunal nos dois casos apresentarem uma incompatibilidade, também não se advoga que a interpretação atribuída aos artigos 72(3) e 292 e às obrigações dos Estados costeiros dispostas nos artigos 56(1), 61(2) e 117, CNUDM, sejam as mais interessantes para manter a unidade da Convenção (KARIM, 2011, p. 112).

Pode-se afirmar, então, que o tribunal se inclinou ao *ethos* econômico e atendeu ao público formado por países que exploram a atividade pesqueira de longa distância, privilegiando a pronta liberação de navios em detrimento dos poderes soberanos do Estado costeiro em determinar sua política interna de gestão e conservação dos recursos vivos. Isso fica evidente quando, nos parágrafos 68 e 69, o Tribunal toma nota da preocupação internacional com a pesca IUU — como se essa bandeira não fizesse parte do TIDM — e afasta qualquer correlação entre as políticas de prevenção da pesca IUU e o art. 292.

Compartilhando essa percepção, alguns juízes do Tribunal entenderam que a instituição estaria agindo como uma corte de apelação ao determinar como os Estados devem calcular a caução para liberação dos navios. Parte dos internacionalistas também teceu críticas acirradas à postura adotada¹²³, por exemplo, Gullett (2003, pp. 2002-2003) afirmou que, como consequência da decisão, é possível que as medidas de vigilância e de conservação dos Estados costeiros sejam desestimuladas e enfraquecidas, assim como foi identificado pela doutrina, a partir do posicionamento da OMC sobre o art. XX. No mesmo sentido, posicionou-se Klein (2005). Rayfuse (2005, p. 692) complementa que:

It must be noted that in both the Camuoco and the Volga cases the respondents had argued that ITLOS ought to take into account the wider picture of international concern regarding the deleterious effects of illegal fishing on both regional and domestic regimes aimed at securing the sustainable management of marine resources. Although it accepted the relevance of domestic penalties to the evaluation of the gravity of the offence, ITLOS did not accept that this wider concern with conservation and management of marine living resources was relevant in the prompt release context. This decision was criticised by dissenting Judge ad hoc Shearer who felt that more regard should have been had to the problem of illegal fishing and the difficulty of enforcement, particularly in the inhospitable Southern Ocean, and particularly given that both Russia and Australia were members of the Commission on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, in contravention of whose measures, as applied in the Australian EEZ, the Volga had been fishing. According to Judge ad hoc Shearer, it was time for ITLOS to establish a 'new balance between vessel owners, operators and fishing companies on the one hand, and coastal states on the other'

¹²³ Karin (2011, p. 126) salienta alguns pontos positivos da decisão: “Although ITLOS may be criticized for not allowing non-financial conditions and the ‘good behavior bond’, there were some positive developments in the ‘prompt release’ jurisprudence. Unlike its previous decision in the Monte Confurco Case, the Tribunal did not include the proceeds of catch in the bond. The bond that was set by the Tribunal was far higher than the amount the shipowner was willing to pay. Consequently, the owner failed to obtain the release of the vessel”.

Salienta-se que a contradição entre as argumentações realizadas nos casos *Comuco*, *Monte Confurco* e *Volga* é observável nos casos posteriores. Por exemplo, no caso *Juno Trader*, o TIDM foi muito sensível a interesses não econômicos ao determinar o caráter humanitário da obrigação de pronta liberação do navio e de sua tripulação. Porém, demonstrou pouca consideração pela obrigação de conservação ao ter manifestado que o fato de o navio estar realizando pesca IUU e de o capitão ter violado a obrigação de cooperar com as autoridades da Guiné-Bissau eram irrelevantes para o julgamento da idoneidade da caução estipulada (ITLOS, 2004).

Os casos *Hosbinmaru* e *Tominmaru* são interessantes porque a matéria fática que gerou as controvérsias é semelhante e porque os demandantes e os demandados são os mesmos. Ocorre que, em razão da diferença de momento processual em que os demandantes apelaram ao tribunal, os desfechos foram distintos (ZHANG, 2008, p. 402).

No primeiro caso, o navio japonês possuía licença para realizar pesca na ZEE da Rússia, porém foi identificado que as espécies capturadas diferiam das permitidas e a quantidade de espécies pescadas era muito superior à informada; assim, ao apreender a embarcação, a Rússia atrelou o valor da caução estipulada ao Japão aos danos causados ao meio ambiente, em razão da sobrepesca não informada, ao valor do navio e da carga apreendida e à pena imposta pela legislação doméstica. Nessa situação, o TIDM esclareceu que o caso diferia dos anteriores porque não se tratava de pesca sem licença, mas de erro ao informar as espécies e a quantidade de recursos capturados. O Tribunal julgou que o valor da caução não era razoável, pois contabilizava o valor máximo da pena doméstica. No cálculo da nova quantificação, rememorou os padrões estabelecidos nos casos anteriores, sem especificar como mensurar cada um deles e sem fazer alusão aos impactos no meio ambiente (ITLOS, 2007a).

No caso *Tominmaru*, em razão da Corte Suprema Russa ter decidido a favor do confisco do navio japonês e sua respectiva carga em momento anterior à apreciação do caso, o TIDM entendeu que a ação perdera seu objeto (ITLOS, 2007b).

No caso *M/V "Virginia G"*, as autoridades da Guiné-Bissau apreenderam a embarcação, de nacionalidade panamenha, sob a alegação de estarem realizando abastecimento de navios pesqueiros na ZEE do país sem a devida licença. Observa-se que, aqui, o Tribunal esclareceu que a atividade de abastecimento está incluída nos poderes soberanos do Estado costeiro de explorar, explorar, gerir e conservar os recursos vivos marinhos, tema que também foi objeto do caso *M/V "Saiga"*¹²⁴. Desta feita, apesar de não se relacionar diretamente à atividade da pesca, o caso é

¹²⁴ No caso *M/V "Saiga"*, o Tribunal não acolheu as alegações da Guiné de que a apreensão do navio poderia ser realizada sob o argumento da aplicação da legislação consumeirista doméstica e não deixou claro se o Estado teria

importante para o estudo, pois são realizadas considerações importantes sobre os limites do exercício dos direitos soberanos pelos Estados costeiros estabelecidos no art. 73(1), CNUDM, em relação à conservação dos recursos marinhos (ITLOS, 2014a).

Argumentos relativos a políticas nacionais ou regionais de proteção e gestão dos recursos marinhos foram utilizadas em praticamente todos os casos de *prompt release*, porém esse foi o único em que o princípio da precaução e a pesca sustentável foram citados, nesse caso, pelas partes, e não pelo TIDM. Isso pode ser explicado pela limitação material contida no art. 292, embora também represente uma escolha política do Tribunal em privilegiar a liberdade de navegação e de pesca à proteção do meio ambiente marinho.

Merece atenção o entendimento do termo “necessidade”, previsto no art. 73(1), elemento também importante na interpretação do art. XX, *caput*, GATT. Assim, conforme salientado pelo juiz Paik em sua opinião separada ao caso (ITLOS, 2014b):

The notion of necessity attempts to balance two conflicting interests at play: namely, preserving the freedom of a state to achieve the objective it seeks through means of its choosing, and restraining the state from choosing means that would unduly infringe the protected rights or interests of another entity, be it an individual or a state. The notion of necessity understood this way can be characterized essentially as a ‘balancing test’.

Embora a forma de apreciação desse *standard* não tenha sido melhor desenvolvida, Harrison (2014) aponta que, aparentemente, os direitos soberanos na ZEE dão poderes aos Estados costeiros, por meio de sua legislação nacional e de acordos regionais, para adotar as medidas que julguem cabíveis para a proteção e a gestão do meio ambiente. Igualmente devem ser observados critérios de razoabilidade, especialmente em se tratando do uso da força, matéria não abordada na CNUDM (ITLOS, 2014).

Apesar de ter reconhecido que os direitos soberanos excedem as medidas de mera conservação dos recursos naturais, o Tribunal julgou que a Guiné-Bissau violou os artigos 73(1) e 73(4) ao ter apreendido o navio e sua carga (ITLOS, 2014a).

Cumprе ressaltar que esse posicionamento recebeu resistências internas, a exemplo da declaração conjunta elaborada pelos juizes Hoffmann, Marotta Rangel, Chan, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao e Bouguetaia (ITLOS, 2014c):

In the context of article 73, paragraph 1, of the Convention, the inquiry should start with a clear understanding that what is being discussed is the coastal State's "sovereign rights" to manage the living resources in its exclusive economic zone. The term "sovereign rights" ought to carry with it a degree of deference to the coastal State in its exercise of those rights, unless such deference is denied by the Convention itself.

In the present case, the Tribunal, instead of exercising its powers of judicial review, appears to have functioned as an appellate authority substituting its judgment for that of the local authority. On the facts of this case, we found no occasion for the Tribunal to interfere.

Como a jurisdição do Tribunal em casos de pronta liberação é bem restrita e esse é um tema em que o Tribunal tem inovado ao elaborar uma jurisprudência autônoma, verifica-se que não há citações a outros instrumentos internacionais e as citações a outros tribunais se limitam à CIJ e à CPJI.

Em termos semânticos, conforme restou demonstrado, a jurisprudência do tribunal sobre pronta liberação em casos de suspeita de violação dos direitos soberanos dos Estados costeiros é inclinada a atender ao público que preza pelos interesses comerciais dos Estados de bandeira, apesar da declarada tentativa em equilibrar os interesses conflitantes. Aparentemente, a força que o regime demonstrou no tópico anterior, intimidando o regime comercial com seu possível vocabulário conservacionista, não prosperou nos casos de pronta liberação.

Nos julgamentos, são crescentes as considerações sobre a importância da gestão e da conservação dos recursos marinhos e sobre a gravidade das ofensas cometidas pelos Estados de bandeira. Desta feita, é possível observar uma cooperação *cross-regime* do TIDM em realizar a interpretação individual sobre pronta liberação, considerando, aos poucos, semânticas externas, como o princípio da precaução e da pesca sustentável. No entanto, os critérios elaborados pelo TIDM, são vagos e foram aplicados de forma a engessar os Estados costeiros e desencorajar políticas que visem à conservação e gestão dos recursos haliêuticos.

A interpretação dos contextos fáticos também merece atenção, pois tem ocorrido de forma limitada; assim, mesmo no caso *Volga*, em que é visualizada uma prática reiterada de pesca IUU, o Tribunal se ateve aos fatos do caso específico. Essa postura não se coaduna com a manutenção da unidade da CNUDM, que estabelece a proteção ao meio ambiente marinho como um de seus eixos principais e uma obrigação tanto dos Estados costeiros como dos Estados de bandeira.

Portanto, a despeito da existência de um vocabulário conservacionista no regime do mar, o vocabulário comercial foi incorporado à máxima do *mare liberum*, em um movimento de *mainstreaming*, tornando-o naturalizado. Desta feita, vigora majoritariamente a impossibilidade de

conceber uma regulação do mar que não o privilegie. Essa percepção fica clara na declaração separada proferida pelo Juiz Laing no caso *Comuco*:

It is my view that, while the commercial importance of maritime transportation and marine exploitation are the primary motivating forces, the prompt release institution is undergirded somewhat by the venerable freedom of the high seas including, inter alia, the freedom of navigation. (ITLOS, 2000).

É possível afirmar que o regime do Direito do Mar passa por um processo de irritação (TEUBNER E FISCHER-LESCANO, 2004) ou revisão crítica (YOUNG, 2013), haja vista que é crescente a argumentação relativa à necessidade de proteção do meio ambiente marinho, mesmo nas situações em que o dispositivo contrariou essa percepção. No entanto, ainda não é possível afirmar se tais irritações serão selecionadas e restabilizadas.

A seguir, será analisada a opinião consultiva sobre obrigações e responsabilidades de proteção aos recursos pesqueiros, caso em que se observaram várias aberturas a normas externas e ampla participação da comunidade internacional. Além disso, o Tribunal foi conclamado a assumir o protagonismo sobre um tema ainda não discutido a contento por nenhum MCSC.

3.5 A interpretação sobre as obrigações e as responsabilidades de proteção aos recursos pesqueiros: caso *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*¹²⁵

As duas opiniões consultivas proferidas pelo Tribunal representaram importantes momentos de abertura do regime do Direito do Mar para outros atores da comunidade internacional afeitos aos temas das respectivas solicitações. Alguns fatores que contribuiram para essa atitude foram o fato de ambas terem sido proferidas em um momento em que o regime do mar já estava relativamente consolidado; o TIDM apresentava um número considerável de casos; que a possibilidade de existir uma previsibilidade sobre como o Tribunal se comportaria e a ideia sobre quais estratégias argumentativas utilizar.

Neste tópico, será destinada maior atenção ao caso n.º 21, pois esse caso versa diretamente sobre o tema da pesca. Quando oportuno citar-se-á a opinião consultiva n.º 17, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*.

Em 2013, a Comissão Subregional da Pesca solicitou ao TIDM opinião consultiva sobre temas afeitos a suas atribuições. O Tribunal aceitou o pedido e entregou a ata final da opinião consultiva em abril de 2015. Como mencionado, esse foi um longo e complexo processo, em que o Tribunal buscou contribuições de grande parte da comunidade envolvida com o tema da pesca

¹²⁵ Em francês CSRP.

IUU, inclusive de outras organizações internacionais, como a IUCN, a FAO, a ONU, a União Europeia¹²⁶ e ONGs, como a WWF¹²⁷. Esse ponto chama a atenção, pois atende às expectativas mencionadas anteriormente quanto a uma postura menos ortodoxa em relação aos novos sujeitos da sociedade internacional.

Esta foi também a primeira vez em que o Tribunal utilizou expressamente o termo “pesca IUU”. Embora casos anteriores versassem sobre essa prática e os Estados já tivessem construído argumentos utilizando esse conceito, como foi desenvolvido por instrumentos de *soft law* e não está expresso na CNUDM, o Tribunal ainda não havia vislumbrado oportunidade para utilizá-lo.

Os países do oeste da África sofrem muito com a pesca IUU, que praticamente atinge o número de capturas permissíveis em suas respectivas ZEE e já colapsou parte dos estoques. Como esses países são parte do Terceiro Mundo e possuem baixo poder tecnológico e econômico para combater essa prática ilegal, uma forma encontrada para agir de modo mais efetivo foi a atuação conjunta. Nesse contexto, em 1985, Cabo Verde, Gâmbia, Guiné, Guiné-Bissau, Maurítânia, Senegal, e Serra Leoa fundaram a SRFC, uma organização regional que tem por finalidade fortalecer a conservação e o aproveitamento sustentável dos recursos pesqueiros da região por meio da harmonização legislativa, adoção de estratégias comuns de gestão, cooperação regional, troca de boas práticas e de tecnologia (CSRP, *Presentation*).

Além das medidas locais de cunho administrativo, a organização também tem buscado as cortes a fim de combater atividades de pesca IUU em sua costa (Ventura, 2015). Diante desse quadro, ter um posicionamento do TIDM sobre questões não contempladas especificamente na CNUDM seria uma forma de embasar e fortalecer tanto as medidas administrativas quanto os argumentos jurídicos da organização.

Foi nesse contexto que a SRFC solicitou ao tribunal respostas aos seguintes questionamentos:

¹²⁶ A opinião consultiva 17 também permitiu ampla participação da sociedade internacional. Entre os atores que participaram na ocasião, estão a UNESCO e o PNUMA (ITLOS, 2011).

¹²⁷ Salienta-se que a WWF apresentou declarações escritas e postulou figurar como *amicus curiae*; porém o pedido não foi aceito pelo Tribunal por não ter cumprido os ritos do art. 133 do Regulamento. De qualquer modo, o parecer emitido pela ONG foi disponibilizado às partes e no site do Tribunal. Também foi negada à ONG a possibilidade de fazer pronunciamentos na fase dos debates orais (ITLOS, 2015). Situação semelhante ocorreu na opinião consultiva anterior (caso 17), em que a WWF e o *Green Peace* apresentaram declarações escritas e postularam figurar como *amici curiae*, também recebendo a mesma resposta negativa (ITLOS, 2011). O art. 133 referido regulamenta o procedimento da solicitação de opinião consultiva. Como não foi especificado qual ponto as ONGs deixaram de observar, aparentemente suas informações não foram recebidas porque foram espontâneas, sem prévio convite.

1. Quais são as obrigações do Estado de bandeira em casos em que atividades de pesca ilegal, não declarada e não regulamentada (IUU) são conduzidas no interior Zona Econômica Exclusiva de terceiro Estado?
 2. Em qual medida o Estado de bandeira pode ser responsabilizado pelas atividades de pesca IUU realizadas por navios que arvoem sua bandeira?
 3. Quando uma licença de pesca é concedida a um navio no contexto de um acordo internacional com o Estado de bandeira ou com uma organização internacional, estes podem ser responsabilizados por violações à legislação pesqueira do Estado costeiro cometidas por esse navio?
 4. Quais são os direitos e as obrigações do Estado costeiro em assegurar a gestão sustentável dos estoques compartilhados e dos estoques de interesse comum, em especial os de pequenos pelágicos e os de tunídeos?
- (ITLOS, 2015a) (tradução livre)

Antes de conhecer do mérito da opinião consultiva, o TIDM analisou sua jurisdição e competência para expedi-la. Conforme já mencionado no capítulo anterior, a CNUDM não prevê expressamente essa possibilidade, porém não a nega.

Foi por essa razão que o TIDM verificou o teor do art. 21 do Anexo VI¹²⁸ e interpretou qual competência para proferir opinião consultiva estaria prevista no trecho “bem como todas as questões especialmente previstas em qualquer outro acordo que confira jurisdição ao Tribunal”. Portanto, como a Convenção da SRFC sobre a Determinação das Condições Mínimas de Acesso e Exploração dos Recursos Marinhos na Áreas Marítimas estabelecia a possibilidade de seu secretariado solicitar opiniões consultivas ao TIDM, esse acordo seria o responsável por conferir competência ao Tribunal para tal ação.

Nessa oportunidade, o Tribunal enfatizou que o entendimento da CIJ e da CPJI, em interpretar o termo “questões” de forma restrita, relacionando-o só a controvérsias, não seria seguido. Isso porque, o contexto, os objetivos e a finalidade de cada tribunal devem ser considerados na interpretação de seus termos (ITLOS, 2015a, parágrafo 65) e (OLIVEIRA, 2015). Percebe-se aqui a aplicação da tese de Romano(2009), pois o Tribunal teve de justificar perante a audiência o motivo do rompimento parcial com um entendimento do Direito Internacional geral.

Ainda comprovando os insights de Romano (2009), apesar de ter contrariado o entendimento da CIJ e da CPJI em relação a essa questão, observa-se, ao longo de todo o texto da opinião consultiva, uma deferência muito grande às interpretações que essas cortes fizeram do Direito Internacional geral, bem como aos instrumentos da CDI, como forma de manter a legitimidade e efetividade do Tribunal, ou seja, as cortes especializadas, quanto à matéria, realmente embasam suas decisões sobre o Direito Internacional geral na jurisprudência da CIJ e

¹²⁸ Artigo 21. Jurisdição. A jurisdição do Tribunal compreende todas as controvérsias e pedidos que lhe sejam submetidos de conformidade com a presente Convenção, bem como todas as questões especialmente previstas em qualquer outro acordo que confira jurisdição ao Tribunal (BRASIL, 1995).

da CPJI¹²⁹. Por exemplo, ao estabelecer que as opiniões consultivas poderiam ser negadas somente pela existência de razões imperiosas, o TIDM rememorou o posicionamento da CIJ na opinião consultiva sobre a Legalidade do Uso pelos Estados de Armas Nucleares em Conflitos Armados. O mesmo precedente foi suscitado para confirmar que os questionamentos não necessitam estar relacionados à interpretação de um artigo específico da MCA, mas ter conexão com os objetivos e as finalidades da Convenção, podendo ser inclusive em abstrato (ITLOS, 2015a, parágrafos 71-72).

O Tribunal também manteve o entendimento estabelecido pela CIJ na opinião consultiva sobre a Interpretação do Tratado de paz entre Bulgária, Hungria e Romênia quanto à desnecessidade de consentimento dos Estados não membros da SRFC, haja vista que os efeitos da opinião consultiva não foram vinculantes, de modo que seu objetivo foi o auxiliar os membros da SRFC a respeito de suas próprias ações (ITLOS, 2015a, parágrafo 76).

Ocorre que o TIDM não adentrou o mérito sobre a possibilidade de concessão de efeito *erga-omnes* a uma opinião consultiva, situação já ocorrida, por exemplo, no âmbito da CIJ (*e.g.* as relacionadas à Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, à Convenção sobre Privilégios e Imunidades das agências especializadas das Nações Unidas e ao Acordo de Sede entre as Nações Unidas e os Estados Unidos da América), e da CIDH (*e.g.* Direitos e Garantias das Crianças no Contexto de Migração e/ou necessidade de Proteção Internacional). Aparentemente, como ainda pairavam dúvidas sobre a jurisdição do Tribunal para concessão de pareceres opinativos, os efeitos *inter partes* tiveram de ser mantidos para garantir a legitimidade e a efetividade da decisão. Espera-se que futuramente o TIDM possibilite a extensão de efeitos das opiniões consultivas, especialmente em se tratando da proteção dos *global commons*.

De qualquer forma, mesmo que a Corte tenha seguido a jurisprudência internacional mais ortodoxa em relação aos efeitos, os questionamentos realizados pela SRFC versaram sobre pontos cruciais para a gestão e a conservação dos recursos vivos marinhos. Logo, o posicionamento do Tribunal, embora não vinculante, servirá de base para políticas nacionais futuras, a atuação das Organizações Internacionais e mesmo a criação de uma expectativa na audiência sobre o que esperar da atuação do Tribunal em casos futuros. Julga-se que esse foi o principal motivo para tantas entidades e Estados terem atuado como interessados¹³⁰.

¹²⁹ Ver parte I, capítulo 1, presente pesquisa.

¹³⁰ Além das organizações internacionais e das ONG citadas, muito Estados apresentaram declarações como, por exemplo, os Estados Unidos da América, Cuba, os Estados Federados da Micronésia, a Arábia Saudita, Sri Lanka (ITLOS, 2015).

O primeiro questionamento objetivava precisar as obrigações dos Estados de bandeira não partes da MCA em relação à pesca IUU realizada na ZEE de Estados membros da SRFC¹³¹.

Pode-se analisar essa demanda como uma tentativa de desencorajar o *flag of convenience*¹³² e de legitimar a adoção de medidas comuns de conservação e gestão dos recursos naturais, tendo em vista a jurisprudência do Tribunal nos casos de pronta liberação.

Esperava-se que essa fosse a possibilidade de o Tribunal atuar mais proativamente em relação à proteção dos recursos marinhos, concretizando a expectativa gerada no caso *Swordfish* de formar um vocabulário tão forte quanto o comercial. Isso porque já haviam se passado mais de trinta anos da III Conferência, as divergências presentes no momento em que a CNDUM foi negociada estavam atenuadas e um vocabulário mais protetivo aos recursos marinhos havia sido desenvolvido em outros foros, por meio de outros acordos e de outras instituições, de modo que o cenário era propício para uma mudança de postura.

Nesse ínterim, como inexistem dispositivos específicos na CNUDM sobre a responsabilidade em casos de pesca IUU, o TIDM identificou as obrigações gerais dos Estados-partes da CNUDM em relação à gestão e à proteção do meio ambiente. A partir do teor dos artigos 56(1), 61(1)(2), 62(2)(4) e 73(1) e dos entendimentos firmados no caso *M/V “Virginia G”*, o Tribunal definiu que “*the primary responsibility for taking the necessary measures to prevent, deter and eliminate IUU fishing rests with the coastal State*” (ITLOS, 2015a, parágrafo 106). Esse cenário atribuiria maior legitimidade à aplicação de políticas administrativas domésticas e regionais mais rigorosas em relação a navios suspeitos de realizar pesca IUU. Considerando a jurisprudência do Tribunal sobre pronta liberação, mais inclinada para a proteção da liberdade e de valores comerciais, esse entendimento pode sinalizar uma nova postura em relação à interpretação das medidas nacionais de gestão ou consistir em mais uma situação de contradição interna. Por outro lado, também pode gerar outras hipóteses de conflitos com a OMC, o qual se inclina a interpretar as exceções ao art. XX de modo restritivo. Até o momento, os casos que se seguiram à opinião consultiva

¹³¹ O questionamento inicial não se referia somente aos estados de bandeira não partes da MCA nem unicamente à ZEE dos Estados partes da SRFC, no entanto, nos parágrafos 87 e 89, o Tribunal reduziu o escopo da pergunta e da resposta, em conformidade com o efeito *inter partes* da decisão. Também foi excluído os efeitos da resposta ao alto mar, em explícito movimento de não romper com o princípio do *mare liberum* (ITLOS, 2015).

¹³² Nesse sentido, Young (2013, p. 41) complementa que “This phenomenon is part of the problem of fishing that is ‘illegal, unreported and unregulated’ (IUU), which has been recognized to be of serious and increasing concern for all capture fisheries”. Os internacionalistas têm empreendido esforços a fim de regular essa prática e desvencilhá-la da pesca IUU, por exemplo, o FSA atribui ao estado do porto competências para aplicar medidas fiscalizatórias além de sua jurisdição e ao estado de bandeira maiores deveres. Outra tentativa louvável é o *Agreement on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*, concluído no âmbito da FAO, mas que ainda não atingiu o número de ratificações suficientes para sua entrada em vigor. No âmbito dos Tribunais, cumpre mencionar a criação jurisprudencial do requisito do *genuine link* entre o navio e o estado a fim de configurar a nacionalidade daquele. O tema foi objeto de casos como o *M/V “SAIGA”*; o *M/V “Grand Prince”* e o *M/V “Virginia G”*. Nesse contexto, segundo informado pela SRFC, os países da costa oeste da África sofrem bastante com a exploração dos estoques realizada por pesca IUU, especialmente proveniente de navios que arvoram bandeiras de conveniência (ITLOS, 2015). A quantidade de casos no TIDM envolvendo a Guiné é um fato que atesta essa informação.

ainda não versaram sobre pronta liberação pelo exercício de pesca IUU ou por possíveis danos ao meio ambiente marinho.

Quanto às obrigações específicas do Estado de bandeira, com base nos artigos 58(3), 62(4), 91, 92, 94, 192 e 193, o Tribunal indicou o dever de o Estado de bandeira cumprir a obrigação guarda-chuva de “assegurar” (ITLOS, 2015a), já estabelecida na opinião consultiva 17, nos seguintes termos:

108. “Responsibility to ensure” points to an obligation of the sponsoring State under international law. It establishes a mechanism through which the rules of the Convention concerning activities in the Area, although being treaty law and thus binding only on the subjects of international law that have accepted them, become effective for sponsored contractors which find their legal basis in domestic law. This mechanism consists in the creation of obligations which States Parties must fulfil by exercising their power over entities of their nationality and under their control.
(ITLOS, 2011)

Essa obrigação caracteriza-se por requerer dos Estados de bandeira a adoção dos meios necessários, inclusive os de fiscalização, para garantir que os navios que arvoem sua bandeira não realizem pesca IUU, mas não exige que os resultados sejam alcançados. Portanto, como a obrigação de assegurar é uma obrigação de conduta, ela é satisfeita com a comprovação de adoção das medidas de *due diligence*¹³³.

Desta feita, o Tribunal lista que o Estado de bandeira deve adotar as medidas cabíveis para assegurar, entre outros (i) que os navios que obtiveram sua licença para navegar atuem em conformidade com as leis e os regulamentos de gestão e conservação dos recursos vivos dos Estados membros da SRFC; (ii) que só realizem atividade de pesca nas ZEEs dos Estados da SRFC se receberem autorização; (iii) que obedeçam às medidas de proteção e preservação adotadas pelos Estados membros da SRFC; (iv) que os navios estejam devidamente registrados; (v) que as sanções nacionais para a atividade de pesca IUU sejam suficientes para deter as violações e desestimular futuras ocorrências; (vi) que as denúncias de pesca IUU sejam apuradas; e (vii) que haja cooperação para a prevenção de prejuízos ao meio ambiente marinho (ITLOS, 2015a, parágrafos 133-140).

¹³³ O TIDM precisou o conceito de uma obrigação *due diligence* por meio da deferência ao caso Pulp Mills da CIJ, nos seguintes termos: “It is an obligation which entails not only the adoption of appropriate rules and measures, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring of activities undertaken by such operators, to safeguard the rights of the other party. The responsibility of a party to the 1975 Statute would therefore be engaged if it was shown that it had failed to act diligently and thus take all appropriate measures to enforce its relevant regulations on a public or private operator under its jurisdiction” (CIJ, 2010).

A segunda pergunta aprofunda-se na indagação realizada e tem por fim identificar a responsabilidade¹³⁴ do Estado de bandeira sobre navios que realizam pesca IUU na ZEE dos Estados membros da SRFC¹³⁵. É possível que esse fosse o questionamento de maior interesse, tanto para os membros da SRFC quanto para as demais entidades que se pronunciaram no caso. O desenvolvimento do conceito de pesca IUU foi posterior às negociações da CNUDM e foi estabelecido por instrumentos de *soft law*, conforme já mencionado no tópico 2.1. Apesar de alguns documentos de caráter *hard law*, como a Convenção MCA, terem incorporado o conceito de pesca IUU na sua regulamentação, verifica-se que ainda não existem precedentes sobre a possibilidade de responsabilizar o Estado de bandeira por pesca IUU. Assim, o Tribunal foi chamado não só a suprir uma lacuna da Convenção, mas também a se posicionar de modo a compelir os Estados a serem mais rigorosos no licenciamento e na fiscalização dos navios que arvoem suas bandeiras¹³⁶.

Nessa oportunidade, o TIDM se embasou no Projeto de Artigos da CDI sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionais Ilícitos, a fim de elucidar que a responsabilidade do Estado de bandeira decorre da comprovada omissão na obrigação de *due diligence*, e não da constatação de pesca IUU ou de dano. A frequência de ocorrências da pesca IUU seria irrelevante para o Tribunal (ITLOS, 2015a, parágrafos 146-150).

Cumprindo observar que o Tribunal poderia ter realizado interpretação menos restritiva e explorado, mesmo que instrumentalmente, os instrumentos normativos pós-CNUDM a respeito da responsabilidade do Estado de bandeira, conforme salientado pelo juiz Paik (ITLOS, 2015), a exemplo do FSA, do Código de Conduta da FAO, da Agenda 21 e do Acordo sobre Medidas do Estado do Porto para Prevenir, Deter e Eliminar a pesca IUU. Assim, a obrigação de *due diligence* poderia ter sido qualificada discriminando parâmetros de fiscalização, tecnológicos (mecanismos de monitoramento) ou mesmo legislativos (ITLOS, *WWF Brief*, 2013).

A despeito da SRFC ter colocado a questão e muitos interessados terem argumentando nesse sentido, o Tribunal não respondeu se a obrigação *due diligence* poderia ser concebida como

¹³⁴ No parágrafo 145, o Tribunal rememora a distinção terminológica que fora realizada no caso 17 sobre os termos *liability* e *responsabilité*, em consonância art. 33(4), CVDT: “145. In answering the second question, the Tribunal finds it appropriate to clarify the meaning of the term ‘liable’ referred to in this question. The Tribunal observes that, in the context of State responsibility, the English term ‘liability’ refers to the secondary obligation, namely, the consequences of a breach of the primary obligation. While the French term ‘responsabilité’ generally refers to both primary and secondary obligations, for the purposes of the second and third questions, the Tribunal wishes to clarify that the French term ‘responsabilité’ is used to cover secondary obligations” (ITLOS, 2011). A esse respeito, utilizar-se-á o termo compreendendo as duas formas de obrigação, já que a língua portuguesa também não realiza distinção entre ambas.

¹³⁵ O questionamento inicial não era restrito à ZEE, no entanto, o Tribunal achou necessário realizar essa limitação.

¹³⁶ Essa observação também foi realizada pelo juiz Paik em sua opinião separada: “In particular, I believe that in addressing this question the Tribunal should have paid more attention to significant legal developments related to flag State responsibility concerning fisheries conservation and management that have taken place since the adoption of the United Nations Convention on the Law of the Sea”(ITLOS, 2015d).

parte do direito costumeiro, o que seria uma forma de expansão dos efeitos da decisão, garantindo-lhe aplicação *erga omnes*, e de assegurar proteção também ao alto mar.

A última crítica ao parecer, nesse ponto, diz respeito ao fato do TIDM não ter se aprofundado na forma como a reparação poderia ser realizada. Alguns interessados argumentaram a esse respeito de forma interessante. A IUCN sugeriu que o valor a ser pago poderia ser calculado com base nas perdas sofridas pelo Estado com a concessão de licenças ou na redução de ganhos sofrida pelos pescadores. Como exemplo, citou medida adotada pela Corte Federal Americana do Distrito do Sul de Nova York de condenar três homens a pagar à África do Sul U\$29 milhões de dólares por exercerem pesca ilegal nas águas daquele país por quinze anos. Por sua vez, a WWF sugeriu uma série de medidas de reparação, aplicáveis caso a caso, que vão desde a restituição ao estado anterior — por exemplo, com a adoção de técnicas mais eficientes de pesca ou redução da quantidade de captura — até a compensação financeira (ITLOS, *WWF Brief*, 2013).

A terceira indagação buscava precisar se a responsabilidade em casos de navios que realizam pesca IUU na ZEE de membro da SRFC¹³⁷, cuja licença de pesca tenha sido concedida no contexto de um acordo internacional com o Estado de bandeira ou por organização internacional¹³⁸, seria do Estado ou da OI. O Tribunal enfatizou que o questionamento não se referia a todas as organizações internacionais, mas às descritas no art. 305(f) e 306, CNUDM e Anexo IX, portanto à União Europeia¹³⁹.

O Tribunal fez analogia à resposta fornecida ao questionamento anterior e entendeu que a UE teria uma obrigação de *due diligence* limitada às competências assumidas pela OI no momento da assinatura da Convenção.

Segundo informado pela legislação comunitária, um navio da União é aquele que arvoira a bandeira de um Estado da mesma e é registrado na União e, nesse caso, os compromissos assumidos pela UE são vinculantes tanto às instituições quanto aos Estados membros. Dessa forma, o TIDM concluiu que, nesse caso, a responsabilidade pelo descumprimento de uma obrigação de *due diligence* é da União Europeia, e não do Estado membro (ITLOS, 2015a, parágrafos 170-173).

Nesse ponto em específico, a contribuição da opinião consultiva foi elucidar sobre uma possibilidade de existir responsabilidade solidária entre a OI e os Estados membros em relação à

¹³⁷ O questionamento era mais amplo e, novamente foi limitado pelo Tribunal com vistas a reduzir seus efeitos.

¹³⁸ No parágrafo 152 o Tribunal precisou que o termo “agência internacional” seria concebido como “organização internacional”.

¹³⁹ Não seria ousado afirmar que esse questionamento foi realizado unicamente para a União Europeia, especialmente considerando a proximidade das costas dos países membros desta OI e dos membros da SRFC. Nesse ínterim, Eva Romée van der Marel (2015) exemplifica que o Senegal foi o primeiro estado do oeste africano a firmar acordo de pesca com a UE e, nos anos posteriores, os estoques pesqueiros do país entraram em colapso.

obrigação de *due diligence*, caso não seja possível à SRFC identificar a divisão de competências e nem a OI nem os Estados prestarem informações a esse respeito (OLIVEIRA, 2015) (ITLOS, 2015a, parágrafo 174).

O último questionamento solicitou a determinação dos direitos e deveres dos Estados membros da SRFC em assegurar a gestão sustentável dos estoques compartilhados¹⁴⁰ e dos estoques de interesse comum¹⁴¹, em especial dos pequenos pelágicos e do atum, que figuram na lista de espécies altamente migratórias.

A fim de delinear os termos da resposta a ser concedida, o Tribunal precisou que o termo “gestão sustentável” seria concebido como sinônimo de “conservação e desenvolvimento” dos estoques, previsto nos artigos 61(2)(3)(4) e 63(1) (ITLOS, 2015a, parágrafo 190-191).

Nessa oportunidade, a obrigação de cooperar para garantir a conservação e evitar a sobre-exploração dos estoques ganhou destaque e foi explorada a partir do teor dos artigos 63(1)(2) e 64(1) da Convenção. Segundo o Tribunal, obrigação de cooperar também é um tipo de obrigação *due diligence* e deve ser alcançada por meio de consultas de boa-fé ao outro estado, conforme o art 300, CNUDM, e o art. 31(1), CVDT (ITLOS, 2015a, parágrafo 210).

A esse respeito, cumpre mencionar que a obrigação de cooperar não está explícita na CNUDM. Além da breve menção no art. 64, há ainda sutis referências nos artigos 123, 204 e 206. Desta feita, embora o dever de cooperar já houvesse sido reconhecido no caso *Mox Plant* e na jurisprudência da CIJ (BOYLE, 2007, p. 379), sua identificação aqui amplia e consolida essa obrigação na CNUDM, dotando-a de maior dinamicidade.

Outras obrigações listadas foram: (i) a de adotar medidas comuns de gestão para evitar a sobre-exploração dos estoques e garantir o máximo rendimento constante; (ii) a de aplicar os melhores recursos técnicos disponíveis e, quando for o caso, o princípio da precaução; (iii) a de considerar as necessidades das populações locais; e (iv) a de trocar informações técnicas e científicas com as demais organizações internacionais sobre a situação dos estoques. No entanto, o Tribunal manteve a perspectiva geográfica adotada na CNUDM e os efeitos *inter partes* da opinião consultiva, ou seja, a resposta desse item somente diz respeito aos membros da SRFC e às atividades nos limites de suas respectivas ZEE (ITLOS, 2015a, parágrafo 208-209 e 214).

¹⁴⁰ O Tribunal adotou o conceito da Convenção MCA: “stocks occurring within the exclusive economic zones of two or more coastal states or both within the exclusive economic zone and in an area beyond and adjacent to it” (ITLOS, 2015).

¹⁴¹ O Tribunal baseou-se na explicação fornecida pelos representantes da SRFC nas declarações orais: “In the central eastern Atlantic, a number of migratory pelagic species move between the exclusive economic zones of several States (‘transboundary stocks’ or ‘stocks of common interest’) and/or between the exclusive economic zones and the waters beyond (‘straddling stocks’). Thus, these are stocks which are shared between two neighbouring coastal States, two non-neighbouring coastal States located on either side of a gulf or an ocean, or a coastal State and the flag State of the vessel fishing the stock” (ITLOS, 2015).

De modo geral, a opinião consultiva demonstra que o TIDM preferiu manter uma postura ortodoxa. Os questionamentos foram interpretados de maneira bem restrita, com o cuidado de não permitir que os efeitos das respostas pudessem atingir situações e partes diversas das ali envolvidas. A especificação do direito aplicável — CNUDM e MCA — também limitou bastante a atuação do Tribunal, pois este poderia ter sido um momento de fecunda cooperação *cross-regime* e de aprendizado. Por exemplo, a obrigação de cooperar é bem melhor desenvolvida no FSA ou no Código de Conduta da FAO e tais instrumentos não foram citados, nem como guia interpretativo. As obrigações do Estado de bandeira e os deveres do Estado portuário já foram objetos de reflexão mais aprofundada em outros instrumentos como o FSA e o Acordo sobre Medidas do Estado do Porto para Prevenir, Deter e Eliminar a pesca IUU, porém estes também não foram citados.

Apesar da louvável iniciativa do Tribunal em convidar para prestarem informações muitas entidades com trabalho relacionado à proteção dos recursos marinhos, inclusive aceitando considerações de Estados não membros da CNUDM, verificou-se que o parecer do Tribunal fez pouca deferência às informações prestadas. Mesmo o Direito Comunitário, importante para a apreciação da questão 3, foi insuficientemente citado e o Direito Doméstico de nenhum estado foi mencionado, constatações que também reforçam a tese de Romano (2009).

Os silêncios e as omissões muitas vezes são propositados e dizem muito sobre a postura de uma entidade. Dessa forma, utilizando os princípios desenvolvidos por Crawford e Nevill (2015), aqui percebe-se a utilização do tratado como uma porta de entrada do Direito Internacional geral, pois o Tribunal parece ter se preocupado tanto com a legitimidade para seus entendimentos por meio da deferência à CIJ e à CPJI que não se observou a tênue barreira entre o Direito geral e o Direito especial, de modo a prejudicar a própria identidade do Tribunal. Dessa forma, as respostas expedidas, além de propositadamente limitadas ao caso concreto, foram genéricas.

Essa visão também foi compartilhada por alguns membros do tribunal. A esse respeito, em declaração à parte, o juiz Wolfrum também demonstrou desapontamento, pois:

On several issues, in particular in respect of the international responsibility of States dealt with in responding to Questions 2 and 3 the Advisory Opinion has been very brief. In dealing with this issue which is a central point of this Advisory Opinion the Tribunal could have further developed its own jurisprudence specifically on the reparation of damages. (ITLOS, 2015b).

O juiz Paik também demonstrou frustração com a tímida postura do TIDM em relação à gestão sustentável dos recursos compartilhados:

I would have wished the Tribunal to elaborate more on the obligation to cooperate and how it is to be applied in relation to the sovereign rights of the coastal State to conserve and manage living resources in its exclusive economic zone (hereinafter “the EEZ”), as this issue is at the core of the legal difficulty faced by some SRFC Member States.(ITLOS, 2015d).

O juiz Cot foi mais incisivo na crítica quanto à postura do Tribunal de preferir a clássica jurisprudência do Direito Internacional geral:

5. My main reservation concerns the refusal by the Tribunal to exercise its discretionary power to answer or not to answer questions referred to it in advisory proceedings. To justify that refusal, the Tribunal takes refuge behind the jurisprudence of the International Court of Justice and states that it is well settled that a request for an advisory opinion should not in principle be refused except for “compelling reasons” (para. 71).

13. In short, my feeling is that an opportunity has been missed. The Tribunal has taken a remarkable action by affirming its advisory jurisdiction on the basis of unpersuasive reasoning. Yet it could have demonstrated imagination and established a coherent system guaranteeing the rights of members of the international community in judicial proceedings. Instead, it sheltered behind the jurisprudence of the International Court of Justice, relying on analogies that have no reason to be. I would like to hope that in future the Tribunal will succeed in ridding itself of this unhappy conception by assuming in full the discretionary power to which it pays lip service.
(grifou-se) (ITLOS, 2015c)

A despeito dessas críticas, o caso representou um momento importante para o TIDM. Além de firmar sua jurisdição para a apreciação de opiniões consultivas, essa foi uma oportunidade para o Tribunal se afastar das questões de pronta liberação, que tomam grande parte da energia da instituição, e se debruçar sobre aspectos relativos à proteção e à gestão do meio ambiente marinho. Embora as respostas fornecidas não tenham sido as mais desejadas pelo público ambientalista ou mesmo em termos de diálogo com outros regimes, o reconhecimento por um Tribunal das obrigações do Estado de bandeira e da União Europeia podem compeli-los a adotarem medidas regionais e locais mais efetivas no combate à pesca IUU. De forma semelhante, os Estados costeiros têm seu dever originário de preservação reiterado. Além disso, a obrigação de cooperar foi cristalizada no seio do regime, embora venha dispostas de forma esparsa na CNUDM.

Esse foi um dos casos em que os termos utilizados como parâmetro transversal de análise foram utilizados com maior frequência. O princípio da precaução foi identificado como um norte que deve embasar a adoção de medidas pelos Estados costeiros, portanto, verifica-se que essa perspectiva valida a adoção de políticas nacionais de proteção do meio ambiente marinho que limitem o comércio.

A abordagem ecossistêmica foi citada pelo Tribunal ao reconhecer que a real efetividade das medidas de conservação e gestão dos recursos haliêuticos só pode ser alcançada se forem

aplicáveis a todas as áreas em que esses estoques se distribuem e migram. Interessante observar que esse foi um dos poucos aspectos em que o TIDM atuou de forma menos restritiva e realizou colocações que podem ser consideradas *erga omnes*.

A exploração sustentável dos estoques foi um tema bastante debatido, em especial na resposta do último questionamento, e consubstanciou as principais considerações sobre a obrigação de cooperação e os deveres dos Estados da SRFC. Segundo dispôs o Tribunal, a obrigação de *compliance* dos Estados de bandeira deve estar diretamente conectada à garantia de que os navios que arvoem sua bandeira exerçam a exploração sustentável dos estoques. Em relação aos estados da SRFC, que compartilham estoques comuns, a exploração sustentável dos recursos consubstancia o dever deles de não exercerem licenças de pesca unilateralmente, sem considerar os limites dos estoques, de observarem os limites conjuntos de quantidade de captura e de empreenderem esforços conjuntos para cooperar com Estados não membros do acordo regional.

Nessa situação, a despeito de ter sido possível observar algumas situações de cooperação *cross-regime*, em que o Tribunal admitiu outros vocabulários, afirma-se que houve uma cooptação *mainstreaming*, pois o TIDM preferiu atender à plateia do Direito Internacional geral, representada por um público soberanista que dificilmente iria acolher limitações à liberdade de navegação e de pesca pela imposição de medidas protetivas ao meio ambiente. Críticas especiais devem ser realizadas ao fato de que, ao fim e ao cabo, a maior responsabilidade pela conservação dos recursos foi atribuída aos Estados costeiros da SRFC, todos com poucos recursos e diminuta capacidade técnica para gerir os estoques. Já os Estados de bandeira, principais endereçados dos questionamentos, permaneceram com deveres genéricos, de difícil responsabilização.

No tópico seguinte, será analisado um caso recente que ensejou procedimentos paralelos no regime do Direito do Mar, no regime do Comércio e no regime europeu.

3.6 Um embate entre os regimes do Direito do Mar, do Comércio e da União Europeia: casos *European Union — Measures on Atlanto-Scandian Herring (DS469)* e *The Atlanto-Scandian Herring Arbitration (The Kingdom of Denmark in respect of the Faroe Islands v. The European Union)*

O caso aborda a interessante situação de múltiplas demandas — no regime do Direito do Mar e no regime comercial — relativas aos mesmos fatos envolvendo um Estado Europeu e a União Europeia. Como cada regime se comportou? Eles agiram isoladamente, de maneira hegemônica, ou coordenadamente?

Em agosto de 2013, a Dinamarca, representando as Ilhas Feroé, solicitaram a formação de um Tribunal Arbitral VII junto à PCA, em face da UE, argumentando que esta teria desobedecido seus deveres em relação à gestão de estoques comuns (PCA, 2014a).

Em novembro do mesmo ano, a Dinamarca, também em nome das Ilhas Feroé, ingressou com um pedido de consultas à UE na OMC a respeito de barreiras comerciais impostas sob o argumento da sobrepesca do arenque. Ato contínuo, em janeiro de 2014, a Dinamarca solicitou estabelecer um painel e, em agosto do mesmo ano, requereu a suspensão do caso devido ao fato de as partes terem alcançado um acordo. Os seguintes Estados solicitaram participar como terceiro interessados: Austrália, China, Guatemala, Honduras, Islândia, Índia, Japão, Nova Zelândia, Panamá, Rússia, Taipé Chinês, Turquia, Estados Unidos, Argentina, Brasil, México, Noruega, Peru e Tailândia (WTO, 2013).

As Ilhas Feroé são constituídas por dezoito ilhotas localizadas no norte do Oceano Atlântico e fazem parte do Reino da Dinamarca. Essas ilhas possuem autonomia relativa e, utilizando-se dessa prerrogativa, não aderiram à UE. Dessa forma, a relação entre as Ilhas Feroé e a UE ocorre por meio de acordos internacionais, assim como a política pesqueira comum desta não é aplicável diretamente àquelas (MATZ-LÜCK, 2014).

Os arenques são espécies que constam da lista de espécies altamente migratórias e a maior quantidade de seus cardumes são encontradas nessa região. Ao longo da década de 1970, esses estoques entraram em colapso devido à sobre-exploração, fato que gerou medidas de forte restrição à pesca até 1990, quando foi observada sua recuperação (MATZ-LÜCK, 2014).

A partir de 2007, Islândia, Rússia, Noruega, UE e Ilhas Feroé acordaram gerenciar conjuntamente essa espécie, mantendo uma base de dados científica de compartilhamento anual de informações sobre o total de capturas permissíveis. Ao longo de 2012, as Ilhas Feroé alegaram que o aquecimento global acarretara o aumento dos estoques de arenques disponíveis e solicitaram ampliar o número de capturas permissíveis, sem receber concordância dos demais Estados. No ano seguinte, as ilhas anunciaram unilateralmente que essa taxa seria aumentada, o que gerou reações da UE, a qual as acusou de estarem realizando pesca não sustentável. Como consequência, a União Europeia proibiu a importação de arenque e produtos derivados provenientes daquela localidade e vedou o atracamento de navios que arvoem seu pavilhão, bem como daqueles que se dediquem ao transporte de peixes e derivados com autorização das Feroé (Matz-Lück, 2014). Tais medidas ocasionaram a estranha situação em que a Dinamarca, membro da UE, demandou a União Europeia perante um foro externo ao regime comunitário, o que provavelmente lhe acarretaria suspeição de infringir as regras regionais.

Perante a OMC, as Ilhas Feroé argumentam que têm cumprido suas obrigações previstas na CNUDM, em especial as relativas ao gerenciamento dos estoques comuns contidas no art. 63. No entanto, a UE, por discordar do aumento da quantidade de capturas permissíveis realizados pela demandante, unilateralmente, adotaram medidas de restrição comercial, em violação aos artigos I(1), V(2) e XI(1), GATT, 1994. Em contrapartida, a UE argumentou que as medidas adotadas estariam em conformidade com os artigos XX(b)(g), GATT, e que a demandante estaria violando suas obrigações de Estado costeiro.

Conforme já mencionado, as partes chegaram a um acordo e suspenderam o procedimento; logo, não há como precisar como o painel se comportaria. Porém, realizar-se-á um exercício de elaboração de conjecturas com base no comportamento anterior dos MCSC. Dessa forma, uma primeira hipótese seria a aplicação do Princípio do Mandato Exclusivo, proposto por Crawford e Nevill (2015), de modo que os dois Tribunais manteriam suas respectivas competências para julgar.

A partir de julgamentos anteriores, é possível que, materialmente, o painel da OMC considerasse que as barreiras adotadas pela UE violaram o art. XI (HARTMANN e WAIBEL, 2013). Outra probabilidade, a partir da interpretação do caso *Shrimp-Turtle*, seria possível que o painel reconhecesse o arenque como um “recurso natural exaurível”; portanto, as medidas seriam entendidas como contidas no art. XX(g) (ISHIKAWA, 2014).

A partir do *caput* do art. XX, o painel deveria também avaliar se as medidas impostas são as mais adequadas para alcançar o objetivo proposto; se existe uma diferença de tratamento dispensado às Ilhas Feroé em comparação a outros Estados e se as barreiras são necessárias; e se, ainda, haveria alguma medida menos gravosa cabível. Em relação a esse ponto pairam maiores dúvidas, pois baseado no caso *Shrimp-Turtle*, possivelmente o entendimento seria de que a medida foi arbitrária ou injustificada (ISHIKAWA, 2014). Portanto, nas duas prováveis situações, o regime do Comércio atenderia ao público interno.

Permaneceram em aberto questões interessantes como identificar a interpretação que o regime do Comércio daria para as obrigações da CNUDM; se instrumentos paralelos seriam mencionados, como o FSA, o Código de Conduta da FAO e o CITES; e como os termos utilizados como parâmetro de análise, em especial o princípio da precaução, seriam entendidos. A partir do caso *Shrimp-Turtle*, identifica-se que provavelmente o OSC os consideraria bastantes e até incorporasse alguns elementos externos. Porém, possivelmente, continuaria a privilegiar a regra do livre comércio e buscaria a obrigação de cooperação entre as partes como solução, ou seja, modos descentralizados de enfrentar o conflito (FISCHER-LESCANO e TEUBNER, 2004).

No painel de arbitragem solicitado pela Dinamarca junto à CPA sob o auspício do Anexo VII da CNUDM, a Dinamarca argumentou violação aos artigos 63(1) e 297 da CNUDM (PCA, 2014a), porém o caso avançou pouco e logo depois foi suspenso. Nessa situação, também só é possível realizar conjecturas a partir de casos anteriores do TIDM em que também houve procedimentos judiciais paralelos, em especial, o *Southern Bluefin Tuna*, o *Swordfish* e o *Mox Plant*.

Nesse contexto, observa-se que há uma diferença importante em relação ao caso *Swordfish*, pois neste, o mesmo Estado — Dinamarca — figura como demandante em ambos os procedimentos. Logo, muito embora os resultados dos dois tenham sido semelhantes, neste, aparentemente, não houve a tentativa de embater os dois vocabulários, mas de identificar aquele que interpretaria o art. 63(1) de forma mais favorável aos interesses da demandante.

O Tribunal Arbitral VII poderia reconhecer ter jurisdição, pois a base jurídica aqui era a CNUDM. Muito embora também pudesse se comportar como no caso *Southern Bluefin Tuna* e suscitar que a jurisdição compulsória do Tribunal não poderia ser exercida em razão do art 282, porque os acordos *EU-Faroes Fisheries Agreement* e/ou *EU-Faroes Trade Agreement* preveem um mecanismo de consulta para a solução de controvérsias (HARTMANN e WAIBEL, 2013).

A hipótese mais instigadora é analisá-lo a partir do ocorrido no caso *Mox Plant*. As Ilhas Feroé não possuem capacidade jurídica para figurarem como partes da OMC e da CNUDM, exatamente por isso precisaram ser representadas pela Dinamarca. Ocorre que, no caso *Mox Plant*, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) entendeu que a CNUDM faz parte da legislação comunitária, logo, a disputa estaria sujeita à jurisdição exclusiva do sistema regional, o que de fato acabou ocorrendo — inclusive o Tribunal Arbitral VII suspendeu o procedimento até o pronunciamento da Corte Comunitária (HARTMANN e WAIBEL, 2013).

Assim, como a Dinamarca é membro da UE, o TJUE poderia estabelecer o mesmo raciocínio. Logo, seria possível ocorrer a esdrúxula hipótese de o caso ser julgado no regime comunitário, de modo a produzir efeitos materiais à Dinamarca, com exceção das Ilhas Feroé, que não são membros da UE. Outra hipótese seria aplicar o art. 310, CNUDM, e entender que a declaração de adesão da Dinamarca à UE excluiu a jurisdição do TJUE em casos envolvendo as Ilhas. Nessa situação, a jurisdição do Tribunal Arbitral VII continuaria válida, porém permitiria que fossem exploradas matérias de jurisdição exclusiva da UE, o que ocasionaria acusações à Dinamarca de descumprir as regras comunitárias (WACKERNAGEL, 2013, p. 09).

A aplicação de raciocínio analógico em relação à OMC provavelmente levaria a resultado distinto, pois o TJUE já deu sinais em oportunidades anteriores que sua jurisdição exclusiva para julgar controvérsias relacionadas com as regras da OMC não ocorre diretamente, mas somente em situações específicas (WACKERNAGEL, 2013, p. 10). Dessa forma, provavelmente o painel

reconheceria ter jurisdição sobre o caso, o que também não invalidaria que a Dinamarca fosse acusada de descumprir a legislação europeia (considerando que as regras da OMC são consideradas parte do Direito Comunitário).

Observa-se que, no embate entre os regimes do Direito do Mar, do Comércio e o comunitário, a jurisdição especial da OMC parece prevalecer. Dificilmente o caso seria julgado perante o Tribunal Arbitral VII, seja porque ele aguardaria a manifestação do TJUE em relação a sua jurisdição, seja porque aplicaria o art. 282 e reconheceria que os meios de solução cabíveis seriam os previstos nos acordos comerciais entre UE e Ilhas Féroe. Aparentemente, a jurisdição do regime do Direito do Mar parece seguir o princípio do *opt-out*, mencionado por Crawford e Nevill.

Na OMC, em que o TJUE parece aplicar o princípio da deferência à competência especial, também descrito por Crawford e Nevill, provavelmente, o painel reconheceria ter jurisdição e o julgamento seria semelhante ao do *Sbrimp-Turtle*, com prevalência do *ethos* comercial. Em todas as situações, a Dinamarca seria acusada de ter violado as regras comunitárias.

No entanto, assim como no caso *Swordfish*, as partes celebraram um acordo antes mesmo que qualquer Tribunal iniciasse seu julgamento. Foi estabelecido que as Ilhas Féroe diminuiriam sua quantidade de capturas permissíveis a níveis aceitáveis e que a UE retiraria os embargos impostos (EC, 2014).

Diante do exposto, verifica-se que, em casos de procedimentos paralelos, a prática tem oscilado entre a diplomacia das cortes com a prevalência de um dos regimes — ocorrida no caso *Mox Plant* — e o apoio mútuo informal (YOUNG, 2013), e a elaboração do direito por meio da irritação mútua, observação e reflexividade das ordens jurídicas autônomas e modos descentralizados de enfrentar os conflitos jurídicos (FISCHER-LESCANO e TEUBNER, 2004) — conforme os casos *Swordfish* e *Herring*. Nas duas hipóteses, observa-se a busca da preservação do *modus vivend*, apontado por Romano (2009).

Interessante notar que, apesar de o resultado ter sido semelhante ao do caso *Swordfish*, a situação fática se assemelha à do caso *Southern Bluefin Tuna*, ao passo que os argumentos jurídicos perante a OMC, tanto das demandantes quanto da demandada, são praticamente os mesmos dos outros casos analisados que envolveram demandas de pesca no regime do Comércio internacional. Isso demonstra que, por um lado, praticamente todos os conflitos sobre pesca podem ser discutidos sob o vocabulário de vários regimes distintos, entre eles, o do Comércio internacional e do Direito do Mar, logo, qualquer solução para resolver hipóteses de decisões conflitantes que perpassem somente a definição estrita da competência de cada regime não terá

efeitos, já que a possibilidade de múltipla argumentação permanecerá. Por outro lado, atesta que as normas, como criações sociais, e, portanto, políticas e parte de um vocabulário linguístico, não possuem um sentido completo em si mesmas; sentidos lhes são atribuídos no processo de interpretação — movimento que foi chamado em alguns casos de “interpretação de forma evolutiva” —, o qual considera a manutenção da homeostase com as regras existentes e o *ethos* do público que se deseja atender.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre a fragmentação do Direito Internacional ocorreu em meio às angústias sobre a possibilidade da perda da suposta unidade do Direito Internacional, de sua legitimidade e da segurança jurídica. Entre os temas conexos à fragmentação inclui-se a multiplicação dos tribunais internacionais que, segundo alguns teóricos, pode intensificar os casos de *forum shopping*, ou seja, as situações em que as partes buscam o órgão de solução de controvérsias cujo vocabulário e *ethos* melhor satisfazem seus interesses.

Entre as muitas atividades que, no plano fático, são diretamente afetadas por essa discussão, insere-se a pesca. Sob o ponto de vista comercial, a indústria pesqueira é uma das maiores do mundo e movimenta a economia de muitos países, inclusive alguns países do Terceiro Mundo. Sob o ponto de vista ambiental, a maioria dos estoques são explorados acima do limite de recuperação, enquanto outros estão às margens de atingir esse limite. Tal fato, além de incidir diretamente na indústria, também traz implicações tanto para comunidades tradicionais que vivem da pesca quanto para a manutenção do equilíbrio ecossistêmico. Nesse contexto, a análise de como os regimes do Comércio Internacional e do Direito do Mar se comportaram em casos que envolvam essa temática permitiu avaliar o quadro atual da contribuição dos tribunais para a conservação desses recursos e, talvez, formular alguns *insights*.

Em um contexto em que se admite não ser mais defensável a tese de constitucionalizar o Direito Internacional, embora também seja incoerente a tese da autonomia dos regimes em relação ao Direito Internacional geral, a CDI elaborou ferramentas para a interpretação dos conflitos normativos que assegurassem algum grau de unidade sistêmica. Outros internacionalistas preferiam abordar formas diferentes de conflitos, como os institucionais, e outras formas de diálogos entre os regimes. A pesquisa inseriu-se na segunda abordagem

Na Parte I, foi apresentado um panorama atual dessa discussão. Além das ferramentas da CDI, foram demonstradas outras propostas doutrinárias para analisar tanto conflitos materiais quanto os conflitos de competência. Nesse capítulo, dedicou-se especial atenção à contribuição de Trevis (2009) sobre a abertura e a exclusividade dos regimes e às categorias de persuasão e aculturação desenvolvidas por Romano (2009), bem como suas conclusões acerca da formação de um *modus vivendi* entre os tribunais sobre o qual os especializados costumam referir-se majoritariamente só à CIJ; os regionais citam, preferencialmente, tanto os especiais quanto a CIJ; e os nacionais fazem deferência a todos, porém são pouco considerados pelos anteriores. As ferramentas propostas por Crawford e Nevill (2015) também permitiram analisar alguns casos de forma interessante, especialmente porque os autores partem do pressuposto de que elas não

resolverão todos os casos e serão aplicadas conforme a estratégia a ser defendida. A contribuição de Young (2013), Fischer-Lescano e Teubner (2004) e Matz-Luck (2015) permitiu observar interações a partir da compatibilidade normativa simples, por meio de redes informais, as quais consideram a produção de outros regimes, seja nas tomadas de decisões internas, seja nas tomadas de decisões externas. Por fim, as categorias propostas por Koskenniemi (2004, 2007, 2015) de *management*, hegemonia (também trabalhada por Fischer-Lescano) e *mainstreaming* foram essenciais para iniciar uma percepção mais profunda do diálogo entre o regime do Comércio Internacional e o regime do Direito do Mar, transcendendo o plano linguístico e se inserindo no *ethos* de cada regime.

Nesse contexto, como pressuposto da pesquisa, no que se refere à definição de regimes, foi estabelecido que a definição adotada concebe esses regimes como grupo de normas, formas de tomada de decisão, procedimentos e organizações aglutinadas em áreas temáticas funcionais e dominadas por uma forma particular de comportamento, concepções e preconceitos (YOUNG, 2015b). De acordo com essa premissa, tanto o Direito do Mar quanto o Comércio Internacional são concebidos como regimes especiais que estão embebidos num substrato comum: o Direito Internacional geral.

Na Parte II, a estrutura dos regimes e alguns casos foram analisados a partir das estratégias e dos pressupostos teóricos elaborados na Parte I. No capítulo 2, problematizaram-se as estruturas dos regimes e as possibilidades de diálogo presentes em cada um deles, ou seja, identificaram-se as bases a partir das quais cada mecanismo de solução de controvérsias poderá atuar.

O estudo do regime do Direito do Mar demonstrou que os princípios da liberdade (*mare liberum*) e da soberania (*mare clausum*) travaram uma batalha na III Conferência, até hoje insolúvel, que dificultou o processo de identificar qual o vocabulário ou o código de preferência do regime do Direito do Mar. Esse vocabulário ou código seria mais voltado ao aproveitamento dos recursos? À proteção dos ecossistemas e da biodiversidade marinha? Ou à união de ambos os interesses, possivelmente representado por termos técnicos híbridos como o “desenvolvimento sustentável”, que mascaram a politização e as preferências de cada regime (KOSKENNIEMI, 2015)?

Tal ambivalência foi perceptível na análise da estrutura da CNUDM, que permitiu concluir que a pesca foi um dos temas que a Convenção abordou de forma mais superficial, em razão do conflito de interesses sobre a matéria. Acordos posteriores buscaram suprir tais lacunas, como o FSA, o Código de Conduta da FAO para a Pesca Responsável e o IPOA-IUU. O primeiro, embora possua poucos adeptos, traz disposições importantes para a conter a pesca

predatória, como a implementação da abordagem da precaução e da abordagem ecossistêmica e a maior responsabilização do Estado do porto. Os dois últimos configuram-se como *soft-law* — e apesar disso ou talvez por isso — tenham exercido grande influência entre os Estados.

Verificou-se que o regime do Direito do Mar prevê inúmeras hipóteses em que será preterido em relação a outros regimes, como em situações de discussão dos termos contratuais relativos às atividades na Área e caso regime regional ou sub-regional exclua sua jurisdição

Identificou-se também que a Fórmula *Montreux*, que embasou a estruturação do MCSC do regime do Direito do Mar, foi uma solução de consenso que enfraqueceu a unidade da interpretação da Convenção, especialmente por relegar a solução residual à Arbitragem. Além disso, as concessões a respeito da pesca e da pesquisa científica marinha geraram inúmeras hipóteses de exclusão da jurisdição de qualquer MCSC.

A análise da estrutura do regime do Comércio Internacional demonstrou o incremento da juridicidade decorrente da criação da OMC na Rodada do Uruguai em relação à tênue estrutura do GATT/1947. O MCSC instituído é um dos mais utilizados pelos países em razão da força do vocabulário econômico e também por sua influência, haja vista a rapidez da solução de conflitos e a existência de mecanismos de acompanhamento da execução das decisões.

O GATT/1947 já previa hipóteses em que a liberdade de comércio pode ser mitigada a fim de proteger outros valores. A partir da Eco 92 e da estruturação mais estável da OMC, o princípio do desenvolvimento sustentável permitiu a incorporação de questões ambientais no regime do Comércio que eram sempre vistas de forma restrita e como exceções.

Alguns acordos como o TBT, SPS e SCM abordam, respectivamente, a relação entre o comércio e as medidas tecnológicas; as medidas sanitárias e as fitossanitárias; e os subsídios e as medidas compensatórias. Embora permitam a utilização desses argumentos para a limitação ao comércio, esses argumentos mantêm uma abordagem restritiva. Outro instrumento importante para o regime do Comércio e que foi muito citado nos casos do OSC é o CITES, o qual, por meio de uma estrutura fluida, baseada na negociação, busca desencorajar os Estados a comercializarem espécies ameaçadas.

O capítulo 3 destinou-se a aplicar as proposições teóricas desenvolvidas na Parte I a casos julgados pelo TIDM e pelo OSC da OMC sobre o tema da pesca, considerando a estrutura montada no capítulo 2. O diálogo entre os regimes foi avaliado em três níveis. Primeiramente, foram analisadas as citações diretas nas decisões sobre pesca do TIDM e do OSC, da OMC, e as apontadas pela doutrina, identificando se a relação entre eles e a relação deles com o Direito Internacional geral ocorrem de forma instrumental, como recurso argumentativo confirmador do entendimento adotado; se alguma das ferramentas apontadas pela doutrina é identificável; e se

existe a prevalência de algum vocabulário ou *ethos*. Considerando que não seriam todos os casos em que ocorreria menção direta ao outro regime, também se identificaram três termos como parâmetros transversais de análise: princípio da precaução, abordagem ecossistêmica e desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, o estudo dos casos permitiu concluir que nenhum dos dois tribunais tem pretensões de romper com o Direito Internacional geral e constituir um regime autossuficiente. Por exemplo, as regras dos artigos 30 a 33, CVDT, são recorrentemente citadas e as suas disposições são utilizadas no processo de interpretação. Precedentes da CIJ e da CPJI também são muito citados para conferir legitimidade aos entendimentos adotados e garantir que as decisões mantenham a coesão do sistema internacional, o *modus vivendi*. O grau de deferência que os dois regimes fazem ao Direito Internacional geral é distinto, o TIDM parece seguir a jurisprudência da CIJ e utilizar a *lex specialis* como justificativa para romper com as expectativas do público geral, portanto em poucos casos. A OMC utiliza-se primeiramente de sua legislação específica, pois preocupa-se em manter as expectativas do público interno, de modo que somente quando sua legislação é insuficiente aplica as normas gerais.

A despeito da disponibilidade do regime do Comércio em interagir com outras OIs e com outros acordos internacionais, todos os elementos externos são apropriados e internalizados obedecendo à dinâmica de funcionamento do regime, ou seja, o *ethos* comercial tem prevalecido e as interpretações que legitimam barreiras comerciais com base na proteção do meio ambiente dificilmente são aplicadas. Em relação ao regime do Direito do Mar, a análise dos casos que envolveram pesca reforçou a percepção de falta de identidade. Embora o TIDM só tenha citado a OMC no caso *Request of an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, observa-se uma resistência em romper com o regime internacional clássico que, indubitavelmente, foi construído sob a égide do privilégio comercial de alguns Estados.

Observou-se que o princípio da precaução ganhou reconhecimento, em especial no regime do Direito do Mar. Esse princípio que, inicialmente, era utilizado de modo tímido ocupa, hoje, grandes espaços nas argumentações dos tribunais, embora nenhum deles o tenha assumido como parte do direito costumeiro ou dos princípios gerais, e a OMC tenha assumido sua importância para o Direito Internacional do Meio Ambiente e não para o comércio internacional.

A percepção dos recursos haliêuticos como parte de um ecossistema também tem sido mais perceptível nos julgados. Por exemplo, a obrigação de cooperação, existente em ambos os regimes, tem sido identificada como um clamor aos Estados para que elaborem estratégias comuns de gestão dos recursos, o que ficou perceptível, por exemplo, na abordagem do TIDM

aos estoques comuns. A OMC, por sua vez, suplantou a limitação da imposição de medidas de conservação às fronteiras geográficas.

O princípio do desenvolvimento sustentável foi o parâmetro que ganhou maior destaque, sendo recorrente nas decisões e, inclusive, gerando a ideia da pesca sustentável. No entanto, por serem termos híbridos, eles possibilitam sua utilização de forma instrumental, por meio de estratégias de gerenciamento. Como identificar o nível de sustentabilidade? Como identificar a quantidade de capturas possíveis? Como identificar a recuperação ou o grau de depredação dos estoques? Portanto, é necessário um olhar crítico em relação ao emprego desse termo.

Nos casos *Southern Bluefin Tuna*, o TIDM sinalizou uma inclinação conservacionista, alguns vocábulos do atual movimento ambientalista, por mais indeterminados que sejam, foram utilizados, o que demonstra uma preocupação em limitar os níveis de exploração dos estoques. No entanto, a falta de coerência interna do regime possibilitou que o Tribunal Arbitral VII revogasse as medidas provisórias. O público interno do regime ainda não sabia o que esperar da atuação do MCSC, porém, aparentemente, as expectativas até então existentes em relação ao público geral foram mantidas, com leve inclinação ao *ethos* comercial, já que a decisão desencorajou a adoção de parâmetros conservacionistas.

O caso *Swordfish* certamente poderia ter gerado maiores debates, pois nele é flagrante como uma questão fática pode ser apresentada a mais de um regime, a depender do vocabulário utilizado. No entanto, como as partes entraram em um acordo, as conjecturas sobre os possíveis resultados desse conflito entre cortes permanecem no campo teórico. Nesse campo, o vocabulário do regime do Comércio Internacional foi surpreendido com o vocabulário do regime do Direito do Mar que, aparentemente, parecia ter a mesma força.

Os estudos dos casos *US-Tuna I*, *Shrimp-Turtle* e *US-Tuna II (México)* demonstrou que a argumentação dos painéis e do OA se aperfeiçoou bastante. Diversos diálogos com outras OIs e instrumentos internacionais foram estabelecidos e tem-se permitido a apresentação de informações de *amicus curiae* e de estudos de *experts*. No entanto, ao final, inevitavelmente as barreiras foram consideradas arbitrárias e/ou injustificadas e o público interno foi satisfeito. O art. XX e seus incisos parecem impor muros argumentativos intransponíveis, o que desestimula a adoção, nos Estados, de políticas preservacionistas.

Nas situações de pronta liberação julgadas pelo tribunal que envolviam acusações do exercício de pesca ilegal na ZEE de outros Estados, argumentos relativos à conservação e à preservação dos recursos pesqueiros foram utilizados de forma intermitente e aleatória. O TIDM preocupou-se em não romper com o Direito Internacional geral e com as interpretações jurisprudenciais dominantes. Assim, muitos recursos à CIJ, CPJI e a casos célebres de arbitragem

foram realizados. O caso *Volga*, em que o tribunal teve que se pronunciar acerca da possibilidade de incorporar valores de conservação e de gestão na caução para a pronta liberação do navio, foi um exemplo da inconsistência argumentativa. Um público defensor da liberdade de navegação parece ser privilegiado nos casos envolvendo pronta liberação.

Na opinião consultiva solicitada pela SRFC, após um longo e frutífero procedimento que envolveu a tomada de opiniões orais e escritas de terceiros Estados, OIs e ONGs, o Tribunal perdeu a chance de estabelecer uma jurisprudência específica, não necessariamente rompendo com o Direito Internacional geral, mas se adequando às necessidades e às especificidades de um recurso que não consegue ser contido nas classificações geográficas e jurídicas artificialmente construídas.

Por fim, o caso do *Atlanto-Scandian Herring* possibilitava o embate entre três *ethos* distintos, o do regime do Direito do Mar, o do regime do Comércio Internacional e o do regime regional europeu. Ocorre que, assim como no caso *Swordfish*, as partes lograram um acordo antes mesmo que qualquer um dos Tribunais pudesse estabelecer posicionamentos prévios. Aparentemente, em se tratando de situações de casos paralelos, que podem gerar decisões conflitantes, as partes têm preferido buscar formas descentralizadas de resolução dos conflitos por meio do aprendizado mútuo ou de uma compatibilidade normativa simples.

Nesse contexto, as conclusões de Rayfuse de 2005 (p. 709) ainda se mantêm:

In short, apart from the limited contributions of ITLOS to the law relating to prompt release and the nationality of ships, the most significant qualitative contribution of the Part XV regime to date appears to have been in providing a modus operandi for institutionalised compulsion and supervision of political negotiations, rather than a judicial dispute settlement mechanism deciding disputes in accordance with international law.

A prevalência do *ethos* comercial e da interação *mainstreaming* também não invalidaram identificar o incremento do diálogo entre os regimes e entre os Tribunais. É perceptível que os Tribunais não têm permanecido como ilhas isoladas do continente, já que os instrumentos de outros regimes têm sido utilizados como guias interpretativos; as interpretações internas dos regimes e dos Estados têm buscado incorporar outras obrigações e elementos externos; e os órgãos colegiados têm realizado um importante trabalho de comunicação, a exemplo do Memorando de Entendimento entre a FAO e o CITES sobre pesca responsável — nesse aspecto, as iniciativas de *soft law* ganham destaque.

Espera-se que, ao demonstrar por quem os sinos de cada regime dobram, atividade para a qual a presente pesquisa buscou contribuir, os diálogos informais possam ocorrer de forma mais plural, a partir de estratégias contra-hegemônicas, e que, por fim, os sinos dobrem por toda a humanidade, por meio da preservação do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

Livros e Artigos de Periódicos

ABI-SAAB, Georges. The WTO dispute settlement and general international law. YERXA, Rufus, WILSON, Bruce (ed.), *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The first ten years*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. pp. 07-11.

ADEDE, A. O., Streamlining the System for Settlement of Disputes under the Law of the Sea Convention, *Pace Law Review*. v. 1, 1. ed., n. 15, 1980.
Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol1/iss1/2>>. Acesso em: nov. 2015.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, England: Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2004.

ANTON, Donald. The Principle of Residual Liability in the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea: The Advisory Opinion on Responsibility and Liability for International Seabed Mining (ITLOS Case No. 17). *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy*, v. 7, 2. ed., 2011.

BARRAL, Welber, Organização Mundial do Comércio (OMC), In: BARRAL, Welber (org.). *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 31-56.

BEYERS, Carol J., The U.S./Mexico Tuna Embargo Dispute: a Case Study of the GATT and Environmental Progress, *Maryland Journal of International Law*, v. 16, 2. ed., 1992, pp. 229-256.

BOYLE, Alan. Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 46, n. 01, jan., 1997, pp 37-54.

BOYLE, Alan. The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea. In: *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 22, n. 3, 2007, pp. 369-381.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Trad. FARRAJOTA, Maria, et al. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.

BRUNKHORST, Hauke. The Crisis of Legitimization in the World Society. 2012 [no prelo]
Disponível em: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/robertfine/home/teachingmaterial/humanrights/pdfreadings/brunkhorst-the_crisis_of_legitimation_of_human_rights.pdf>. Acesso em: fev. 2016.

BUCKEL, Sonja, FISCHER-LESCANO, Andreas. Gramsci Reconsidered: Hegemony in Global Law, *Leiden Journal of International Law*, v. 22, 3. ed., 2009, pp. 437-454.

BUSCH, Marc L. Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade. In: *International Organization*, vol. 61, Fall 2007, pp. 735–61. Disponível em: <doi: 10+10170S0020818307070257>. Acesso em: ago. 2015.

CHURCHILL, Robin, R. R. Churchill (2000). II International Tribunal For The Law Of The Sea The Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan): Order For Provisional Measures Of 27 August 1999. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, 2000, pp. 979-990. Disponível em: <doi:10.1017/S0020589300064794>. Acesso em: nov. 2015.

_____. Legal uncertainties in international high seas fisheries management. *Fisheries Research*, volume 37, ed. 1–3, 1 agosto 1998, pp. 225–237.

CLINGAN JR., Thomas A. Mar Presencial (the Presential sea): Deja Vu all over again?—a response to Francisco Orrego Vicuña, *Ocean Development & International Law*, v. 24, 1. ed., 1993, pp. 93-97, Disponível em: <DOI: 10.1080/00908329309545999>. Acesso em: jan. 2015.

COELHO, Luciana Fernandes. Reflexões provenientes do dissenso: uma análise crítica a respeito do caso Austrália *versus* Japão perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, Brasília v. 12, n. 1, 2015, pp. 68-85.

COMBACAU, Jean, SUR, Serge. *Droit International Public*, 11. ed., Précis Domat, Montchrestien, 2014.

CRAWFORD, James; NEVILL, Penelope. Relations between International Courts and Tribunals: The ‘Regime Problem’. In: YOUNG, Margaret (ed). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Cambridge University Press, 2015. pp. 235-260.

DE LA FAYETTE, Louise. The M/V “Saiga” (No.2. Case (St. Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, 2000, pp. 467-476, Disponível em: < http://journals.cambridge.org/ abstract_S0020589300064241>, Acesso: jan. 2015.

DAI, Tamada. Unfavourable but unavoidable procedures: Procedural aspects of the Whaling case. Artigo apresentado no Simpósio Whaling in the Antarctic: The ICJ Judgment and its Implication, Universidade de Kobe, 31/maio – 01/jun, 2014

FABRI, Hélène Ruiz. A adoção do princípio da precaução pela OMC. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros, VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Princípio da Precaução - Coleção Direito Ambiental em Debate*, v. 01. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 288-304. Disponível em: < http://www.marcelodiasvarella.org/marcelodiasvarella/International_Environmental_Law_files/versao_del_rey.pdf >. Acesso em: fev. 2016.

FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. Chapter 04, pp. 77-115.

FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. Regime collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. In: *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004, pp. 999-1046. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=873908>. Acesso em: jul. 2015.

FLETT, James, Importing Other International Regimes into World Trade Organization Litigation. In: YOUNG, Margaret (ed). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Cambridge University Press, 2015. pp. 261-304.

FOSTER, Caroline. International Adjudication – Standard of Review and Burden of Proof: Australia-Apples and Whaling in the Antarctic. *Review of European Community & International Environmental Law*, v. 21, 2. ed., 2012. Disponível em: <
<http://www.law.auckland.ac.nz/people/c-foster>>. Acesso em: jun. 2015. p. 80-91.

_____. Precaution, Scientific Development and Scientific Uncertainty under the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures, In: *Review of European Community & International Environmental Law*, v. 18, 2009, pp. 50–58. doi: 10.1111/j.1467-9388.2009.00617.x

_____. Motivations and Methodologies: Was Japan’s Whaling Programme for Purposes of Scientific Research? Artigo apresentado no Simpósio *Whaling in the Antarctic: The ICJ Judgment and its Implication*, Universidade de Kobe, 31/maio – 01/jun, 2014.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A paz (ainda) pela jurisdição compulsória? In: Revista Brasileira de Política Internacional, v. 57, n. 2, 2014, pp. 82-98. Disponível em: <
<http://dx.doi.org/10.1590/0034-7329201400305>>. Acesso em: fev. 2016.

_____. As posições brasileiras na formação de um regime para os fundos marinhos: de 1967 a 1982. In: OLIVEIRA, Carina Costa de (coord.) *Meio ambiente marinho e direito: exploração e investigação na zona costeira, na plataforma continental e nos fundos marinhos*. Curitiba: Juruá, 2015a. p.15-37.

_____. Dialogando na Multiplicação: uma aproximação. In: Revista de Direito Internacional, v. 9, n. 2, p. 1-9, jul/dez, 2012.

_____. “*Quem diz humanidade, pretende enganar*”? : internacionalistas e os usos da noção de patrimônio comum da humanidade aplicada aos fundos marinhos (1967-1994). Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação do Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

GARDBAUM, Stephen. Human Rights as International Constitutional Rights. *European Journal of International Law*. Firenze. v. 19, n. 4, 2008, p. 749-768.

GROTIUS, Hugo, *The Free Sea*, Trad. Richard Hakluyt, com as críticas de William Welwod’s Critique e as respostas de Grotius, Editado por David Armitage. Indianapolis: Liberty Fund, 2004.

GULLETT, Warwick, Prompt release procedures and the challenge for fisheries law enforcement: the judgement of the international tribunal for the law of the sea in the Volga case (Russian Federation v Australia), *Federal Law Review*, v. 31, 2003, pp. 395-407.

GURUSWAMY, Lakshman. The Promise of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS): Justice in Trade and Environment Disputes. *Ecology Law Quarterly*, v. 25, n. 2, 1998, pp. 190-228. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/elq/vol25/iss2/1>. Acesso em: dez. 2015.

HARRISON, James. *Making the Law of the Sea: a Study in the Development of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

_____. Safeguards Against Excessive Enforcement Measures in the Exclusive Economic Zone – Law and Practice, *Edinburgh School of Law Research Paper*, n. 2014/30. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2458882>>. Acesso em: jan. 2016.

HARTMANN, Jacques, WAIBEL, Michael, The ‘Mackerel War’ Goes to the WTO, In: *EJIL: Talk!*, novembro 2013, Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/the-mackerel-war-goes-to-the-wto/>>. Acesso em: fev. 2016.

HOWSE, Robert, The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate, *Columbia Journal of Environmental Law*, v. 27, n. 2, 2002, pp. 489-519.

HUMPHREYS, Stephen. Structural ambiguity: technology transfer in three regimes. In: YOUNG, Margaret (ed). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Cambridge University Press, 2015. pp. 175-198.

ISHIKAWA, Yoshimichi, The EU-Faroe Islands Herring Stock Dispute at the WTO: the Environmental Justification. *ASIL Insights*, v. 18, 4. ed., 2014, Disponível em: <<https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/4/eu-faroe-islands-herring-stock-dispute-wto-environmental-justification>>. Acesso em: fev. 2014.

KARIN, Saiful. Conflicts over Protection of Marine Living Resources: The ‘Volga Case’ Revisited. *Goettingen Journal of International Law*, v. 3, 1. ed, 2011, pp. 101-127.

KEOHANE, Robert e NYE JR., Joseph. Between Centralization and Fragmentation: The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy. *Harvard University Faculty Research Working Papers Series*, [preparado para a American Political Science Convention, Washington, D.C., realizada entre 31 de agosto e 3 de setembro de 2000], fev. 2001. Disponível em: <<https://research.hks.harvard.edu/publications/getFile.aspx?Id=4>>. Acesso em: nov. 2015.

KINGSBURY, Benedict. *The Tuna-Dolphin Controversy, the World Trade Organization, and the Liberal Project to Reconceptualize International Law*, Yearbook of International Environmental Law, v. 5, 1995, pp. 01-40.

_____, KRISCH, Nico e STEWART, Richard, The Emergence of Global Administrative Law. In: *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005, pp. 15-61. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692628>>. Acesso em: jan. 2015.

KLEIN, Natalie. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge University Press: Cambridge, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: Postmodern Anxieties? In: *Leiden Journal of International Law*, v. 15, 2002, pp. 553–579. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=287424&fileId=S0922156502000262>>. Acesso em: jun. 2014.

_____. Hegemonic Regimes. In: YOUNG, Margaret (ed.). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Cambridge University Press, 2015. pp.113-135.

_____. Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power. In: *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, v. 1, n. 1, Fall 2010, pp. 47-58.

_____, *Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought*, 2005. Disponível em: <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf>>. Acesso em: ago. 2015.

_____. International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education. In: *European Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, 2007, pp. 08-24.

_____. International Law and Hegemony: A Reconfiguration, In: *Cambridge Review of International Affairs*, v. 17, 2004, pp. 197-218.

_____. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. In: *The Modern Law Review*, v. 70, n. 01, 2007, pp. 1-30. Disponível em: <doi: 10.1111/j.1468-2230.2006.00624.x>. Acesso em: jul. 2015.

KRASNER, Stephen, Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables, *International Organization*, v. 36, n. 2, 1982, pp. 185- 205.

KWIATKOWSKA, Bárbara. Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Order on Provisional Measures (ITLOS Cases Nos. 3 and 4). *The American Journal of International Law*, v. 94, n. 1, 2000, pp. 150-155.

LANG, Andrew. Legal Regimes and Professional Knowledges: The Internal Politics of Regime Definition. In: YOUNG, Margaret (ed). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Cambridge University Press, 2015. pp. 113-135.

LAVRANOS, Nikolaos. The MOX Plant and IJzeren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter?. In: *Leiden Journal of International Law*, v. 19, 2006, pp. 223-246. Disponível em: <doi:10.1017/S0922156505003262>. Acesso em: dez. 2015.

LONGO, Airton Ronaldo. O debate em busca do consenso – as negociações para os termos finais da Convenção da Jamaica In: BEIRÃO, André Panno e PEREIRA, Antonio Celso Alves (org.). *Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: FUNAG, 2014. p. 67-126.

LOWE, Vaughan, TZANAKOPOULOU, Antonios. The Development of the Law of the Sea by the International Court of Justice. In: SLOAN, James, TAMS, Christian (eds.) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford Legal Studies Research Paper n. 74/2012, Oxford University Press, 2013, pp. 177-193.

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2006.

MAREL, Eva Romée van der, *ITLOS issues its Advisory Opinion on IUU Fishing*, Disponível em: <<https://site.uit.no/jclos/2015/04/21/itlos-issues-its-advisory-opinion-on-iuu-fishing/>>. Acesso em: jan. 2016.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; MARTIN, Jean-Christophe. L'affaire de l'usine Mox devant les tribunaux internationaux. In: *Journal du droit international*, Clunet, 2007, 134 (2), pp.437-472.

MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties. In: *Journal of World Trade*, v. 35, n. 6, 2001, pp. 1081-1131.

_____. WTO Dispute Settlement and Human Rights. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, 2002, pp. 753-814. Disponível em: < 10.1093/ejil/13.4.753>. Acesso em: jul. 2013.

MARTINEAU, Anne-Charlotte. The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law. In: *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, pp 1-28. Disponível em: <doi: 10.1017/S092215650800561X.> Acesso em: jul. 2014.

MASCAREÑO, Aldo. Problemas de Legitimación en la Sociedad Mundial. In: *Revista da Faculdade de Direito UFG*, v. 33, n. 2, jul. /dez. 2009, p. 9-23.

MATZ-LÜCK, Nele. Norm interpretation across international regimes: competences and legitimacy. In: YOUNG, Margaret (ed). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Cambridge University Press, 2015. pp. 85-110.

_____. *The Faroe Islands' Response to EU Trade Restrictions on Atlanto-Scandian Herring*, Disponível em: <<https://site.uit.no/jclos/2014/03/05/the-faroe-islands-response-to-eu-trade-restrictions-on-atlanto-scandian-herring/#comment-1259>>. Acesso em: fev. 2016.

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

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OBERTHÜR, Sebastian e STOKKE, Olav. *Managing Institutional Complexity: Regime Interplay and Global Environmental Change*. Cambridge: The MIT Press, 2011. Project MUSE. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/>>. Acesso em: dez. 2015.

OLIVEIRA, Carina Costa de. Comentário à Opinião Consultiva 21 do Tribunal Internacional para o Direito Do Mar [02/04/2015] (Responsabilidade do Estado de Bandeira pela pesca ilícita, não declarada ou não regulamentada), *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, pp. 25-32.

_____. *Solução de Conflitos Ambientais no Direito Internacional*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1286926. Acesso em: outubro, 2012.

ORELLANA, Marcos. *The Swordfish Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO*. *Nordic Journal of International Law*. v. 71, 2002, pp. 55-81.

PASSERINI, Luisa. Memories between silence and oblivion. In: HODGKIN, Katharine. RADSTONE, Susannah (ed.). *Contested pasts: the politics of memory*. London and New York: Routledge, 2003, p. 238-254.

PAULUS, Andreas. Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal. In: *Nordic Journal of International Law*. Lund. v. 74, n. 2, 2005.

PAUWELYN, Joost. How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization Law? Questions of Jurisdiction and Merits. In: *Journal of World Trade*, v. 37, n. 6, 2003, pp. 997-1030.

_____. The role of Public International Law in the WTO: How far can we go? In: *The American Journal of International Law*, v. 95, 2001, pp. 535-578.

POSNER, Richard, *How Judges Think*, v. 3, 2008.

PUCHALA, Donald, and HOPKINS, Raymond. International Regimes: Lessons from Inductive Analysis. In: *International Organization*, v. 36, n. 2. Cambridge University Press, 1982, pp. 245-75. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2706522>>. Acesso em: dez. 2015.

RANGEL, Vicente Marotta. Fundos Oceânicos. In: BEIRÃO, André Panno e PEREIRA, Antonio Celso Alves (org.). *Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: FUNAG, 2014. p. 463-488.

RAO, Patibandla Chandrasekhara. *Law of the Sea, Settlement of Disputes*, 2011. Disponível em: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e58>>. Acesso em: nov. 2015.

RAYFUSE, Rosemary. The future of Compulsory Dispute Settlement under the Law of the Sea Convention. *Victoria University Wellington Law Review*, v. 36, n. 4, 2005, p. 683-712.

ROMANO, Cesare. Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue, In: *NYU Journal of International Law and Politics*, v. 41, n. 4, 2009, pp. 755-787, Disponível em: <http://www.academia.edu/12836446/_Deciphering_the_Grammar_of_the_International_Jurisprudential_Dialogue_NYU_Journal_of_International_Law_and_Politics_Vol._41_No._4_2009_pp._755-787>. Acesso em: ago. 2014.

_____. The Settlement of Disputes under the 1982 Law of the Sea Convention: How Entangled Can We Get?, *Journal of International Law and Diplomacy*, v. 103, 2004, pp. 84-106.

_____. The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come . . . Like It or Not, *Ocean Development & International Law*, v. 32, n. 4, 2001, pp. 313-348, Disponível em: <[10.1080/009083201753218074](http://dx.doi.org/10.1080/009083201753218074)>. Acesso em: jan. 2016.

ROTHWELL, Donald, STEPHENS, Tim. Illegal Southern Ocean Fishing and Prompt Release: Balancing Coastal and Flag State Rights and Interests. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 01, jan-2004, pp. 171-187.

SAUNDERS, Cheryl. International regimes and domestic arrangements: a view from inside out. In: YOUNG, Margaret (ed). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Cambridge University Press, 2015. pp. 55-84.

SCOVAZZI, Tullio. Between law and science: Some considerations inspired by the Whaling in the Antarctic judgment. *Questions of International Law*. v. 14, 2015, pp. 13-30. Disponível em: <

<http://www.qil-qdi.org/between-law-and-science-some-considerations-inspired-by-the-whaling-in-the-antarctic-judgment-2/>>. Acesso em: jul. 2015.

SHAMSEY, John, ITLOS vs. Goliath: The International Tribunal for the Law of the Sea Stands Tall with the Appellate Body in the Chilean-EU Swordfish Dispute, *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 12, n. 2, 2002, pp. 513-540.

SILVA, Alexandre Pereira da. *O Brasil e o direito internacional do mar contemporâneo: novas oportunidades e desafios*. São Paulo: Almedina, 2015

SIMMA, Bruno. PULKOWSKI, Dirk. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. In: *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, 2006, pp. 483-529. doi: 10.1093/ejil/chl015

_____. Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner. In: *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, 2009, pp. 265-297. doi: 10.1093/ejil/chp028

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

STEIN, Arthur A. Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World. In: *International Organization*, v. 36, n. 2. Cambridge University Press, 1982, pp. 299–324. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2706524>>. Acesso em: dez. 2015.

STEPHENS, Tim, ITLOS Advisory Opinion: Coastal and Flag State Duties to Ensure Sustainable Fisheries Management. *ASIL Insights*, v. 19, n. 8, 2015, Disponível em: <https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/8/itlos-advisory-opinion-coastal-and-flag-state-duties-ensure#_edn34>. Acesso em: jan. 2016.

STOKKE, Olav. *Governing High Seas Fisheries: The Interplay of Global and Regional Regimes*. Oxford University Press, 2001.

STOLL, Peter-Tobias, VÖNEKYS, Silja. The Swordfish Case: Law of the Sea v. Trade. *Zaörrv*, v. 62, 2002, pp. 21-36.

STRANGE, Susan. Cave! Hic Dragones: A Critique of Regime Analysis. In: *International Organization*, v. 36, n. 02, 1982, pp. 479-496. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1017/S0020818300019020>>. Acesso em: dez. 2015.

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

TERRIS, Daniel et al., *The International Judge: An Introduction To The Men And Women Who Decide The World's Cases*, 120, (2007).

TEUBNER, Gunther. Fragmented Foundations Societal Constitutionalism beyond the Nation State. In: LOUGHLIN, Martin. DOBNER, Petra. *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010. DOI:10.1093/acprof:oso/9780199585007.003.0016

TREVES, Tulio. Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective. In: *Agenda Internacional*. Año XVI, n° 27, 2009, pp. 213-253

_____. Conflicts Between the International Tribunal for The Law of the Sea and the International Court of Justice. In: *International Law and Politics*, v. 31, 1999, pp. 809-821.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

TSAMENYI, Martin; HANICH, Quentin. Fisheries Jurisdiction under the Law of the Sea Convention: Rights and Obligations in Maritime Zones under the Sovereignty of Coastal States. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 27, 2012, pp. 783–793.

VANGRASSTEK, Craig, *The History and Future of the World Trade Organization*, Geneva: WTO Online Bookshop, 2013.

VARELLA, Marcelo D., *Direito Internacional Público*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. Tackling illegal, unregulated and unreported fishing: the ITLOS Advisory Opinion on Flag-state Responsibility for IUU fishing and the principle of due diligence. *Revista de Direito Internacional*, Brasília v. 12, n. 1, 2015, pp. 50-67.

VICUÑA, Francisco Orrego. Toward an effective management of high seas fisheries and the settlement of the pending issues of the law of the sea, *Ocean Development & International Law*, v. 24, 1. ed., 1993, pp. 81-92, Disponível em: <DOI: 10.1080/00908329309545998>. Acesso em: jan. 2015.

WACKERNAGEL, Clemens, MOX Plant Reloaded? Reflections on Denmark's Legal Position in the Faroe Islands' "Mackerel War" with the EU, *Policy Papers on Transnational Economic Law* n. 39, novembro, 2013, pp 02-12. Disponível em:< http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/PolicyPaper_No39_0.pdf >. Acesso em: fev. 2016.

WALKER, George. *Definitions for the Law of the Sea: terms not defined by the 1982 Convention*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2012.

WORM, Boris *et al*, Impacts of Biodiversity Loss on Ocean Ecosystem Services, *Science*, v. 314, pp. 787-790, 2006, Disponível em: <10.1126/science.1132294>. Acesso em: out. 2015.

YERXA, Rufus, The power of the WTO dispute settlement system, In: YERXA, Rufus, WILSON, Bruce (ed.), *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The first ten years*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. pp. 03-06.

YOUNG, Margaret., Principle 12: The Environment and Trade. In: VINUALES, Jorge E. (ed), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary*, Oxford University Press, University of Melbourne Legal Studies, Research Paper n. 683, 2015. pp. 325-348. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2443617>>. Acesso em: jul. 2015.

_____. *Introduction: the productive friction between regimes*. In: YOUNG, Margaret (ed). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Cambridge University Press, 2015b, pp. 01-20.

_____. *Regime interaction in creating, implementing and enforcing international law*. In: YOUNG, Margaret (ed). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. Cambridge University Press, 2015c, pp. 85-110.

_____. *Trading Fish, Saving Fish: The Interaction between Regimes in International Law*. Cambridge University Press, 2013.

ZHANG, Xiangjun. Balance of Interests between Coastal and Fishing States in Prompt Release Cases: A Review of Cases n. 14 and 15 before the ITLOS, *China Oceans Law Review*, n. 2, 2008, pp. 400-414. Disponível em: < <http://colr.xmu.edu.cn/s/205/t/692/a/144880/info.jspy>>. Acesso em: dez. 2015.

Legislação interna e internacional e documentos oficiais

BRASIL, *Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: dez. 2015.

BRASIL, *Decreto 1.355 de 30 de dezembro de 1994*. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm>. Acesso em: fev. 2016.

BRASIL, *Decreto 1.530 de 22 de junho de 1995*. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1995/decreto-1530-22-junho-1995-435606-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: dez. 2015.

BRASIL, *Decreto 4.361, de 05 de setembro de 2002*. Promulga o Acordo para Implementação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de dezembro de 1982 sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4361.htm >. Acesso em: dez. 2015.

BRASIL, *Decreto 6.440, de 23 de abril de 2008*. Promulga o Acordo Relativo à Implementação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de dezembro de 1982, concluído em Nova York, em 29 de julho de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6440.htm >. Acesso em: dez. 2015.

BRASIL, *Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm >. Acesso em: dez. 2015.

CCSBT. *Presentation*. Disponível em: < <http://www.spcsrp.org/Presentation>>. Acesso em: fev. 2016.

CCSBT. *Text of the Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna of 20 May 1994*. Disponível em:

<https://www.ccsbt.org/sites/ccsbt.org/files/userfiles/file/docs_english/basic_documents/convention.pdf>. Acesso em: jan. 2016.

CITES. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. Disponível em: <<https://www.cites.org/esp/disc/text.php>>. Acesso em: fev. 2016.

Comission Sous-Régionale des Pêches. *Presentation*. Disponível em: <<http://www.spcsrp.org/Presentation>>. Acesso em: fev. 2016.

EC, Herring dispute between European Union and Faroe Islands nears end. Disponível em: <http://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/damanaki/headlines/press-releases/2014/06/20140611_en.htm>. Acesso em: fev. 2016.

FAO. *Code of Conduct for Responsible Fisheries*. Rome, 1995, Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/005/v9878e/v9878e00.htm>>. Acesso em: dez. 2015.

FAO. *International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*, 2001, Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/003/y1224e/y1224e00.htm>>. Acesso em: jan. 2016.

ILC, Report of the Study Group, Finalized by Martti Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682 (April 13, 2006).

UE. Decisão do Conselho, de 3 de Junho de 2010, relativa à assinatura, em nome da União Europeia, e à aplicação provisória do Memorando de Entendimento entre a União Europeia e a República do Chile sobre a conservação das unidades populacionais de espadarte no oceano Pacífico Sudeste. *Jornal Oficial da União Europeia*, ano 53, L 155, 22 de Junho de 2010. Disponível em: <[doi:10.3000/17252601.L_2010.155.por](https://doi.org/10.3000/17252601.L_2010.155.por)>. Acesso em: jan. 2016.

UN. *Division for Oceans Affairs and the Law of the Sea*. Chronological lists of ratifications of, accessions and successions to the Convention and the related Agreements as at 02 January 2015. Disponível em: <[http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm#Agreement for the implementation of the provisions of the Convention relating to the conservation and management of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks](http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm#Agreement%20for%20the%20implementation%20of%20the%20provisions%20of%20the%20Convention%20relating%20to%20the%20conservation%20and%20management%20of%20straddling%20fish%20stocks%20and%20highly%20migratory%20fish%20stocks)>. Acesso em: dez. 2015.

UN. *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the Permanent Court of International Justice - ST/LEG/SER.F/1/Add.4*, 2012. S.S. “Wimbledon” Judgment of 17 August 1923 (Series A, No. 1), First Annual Report of the Permanent Court of International Justice, (1 January 1922—15 June 1925), Series E, n. 1, pp. 163–168.

WTO, *Environment: Disputes 4, Mexico etc versus US: ‘tuna-dolphin’*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis04_e.htm>. Acesso em: fev. 2016.

WTO, *Environment: Disputes 8, India etc versus US: ‘shrimp-turtle’*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm>. Acesso em: fev. 2016.

WTO, *General Agreement on Tariffs and Trade 1994*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_01_e.htm#lig>. Acesso em: fev. 2016.

WTO. *Trade and Environment at the WTO, Trade and Environmental Division*, 2014. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/trade_env_e.pdf>. Acesso em: fev. 2016.

WTO. *GATT Members*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/gattmem_e.htm>. Acesso em: fev. 2016.

WTO. *Members and Observers*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm>. Acesso em: fev. 2016.

WTO. *WTO Dispute Settlement: One-Page Cases Summaries, 1995-2014, 2015 edition*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/dispu_settl_1995_2014_e.pdf>. Acesso em: dez. 2015.

WTO. WTO Matrix on Trade-Related Measures Pursuant to Selected Multilateral Environmental Agreements (MEAs), WT/CTE/W/160/Rev.7, TN/TE/S5-R5, Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_matrix_e.htm>. Acesso em: fev. 2016.

WTO. *WTO members weigh in on measures to tackle illegal fishing*. Notícia de 06 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.wto.org/english/news_e/news15_e/envir_06oct15_e.htm>. Acesso em: fev. 2015.

Notícias da imprensa

Reuters, *UPDATE 1-U.S. loses WTO appeal in Mexican tuna dispute*, em 20 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/usa-mexico-tuna-idUSL8N13F4EG20151120>>. Acesso em: fev. 2016.

Sites visitados

COUR Internationale de Justice. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/>>. Acesso em: fev., 2016.

INTERNATIONAL Tribunal for the law. Disponível em: <https://www.itlos.org/>. Acesso em: jan. 2016.

WORLD Trade organization. Disponível em: <https://www.wto.org/>. Acesso em: mar. 2016.

COUR Permanente D' Arbitrage. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/>> . Acesso em: jan. 2016.

INTERNATIONAL Centre for settlement. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>>. Acesso em: fev. 2016.

FOOD and Agriculture Organization for the United Nations. Disponível em: <<http://www.fao.org/fishery/en>> . Acesso em: mar 2016.

CONVENTION on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora. Disponível em: <<https://www.cites.org/>> . Acesso em: jan. 2016.

ICCAT. Disponível em: <https://www.iccat.int/fr/introduction.htm>>. Acesso em: fev. 2016.

COMMISSION for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources. Disponível em: <<https://www.ccamlr.org/>> . Acesso em: mar 2016.

COMMISSION Sous-Régionale des Pêches. Disponível em: <<http://www.spcsrp.org/>> . acesso em: fev. 2016.

NATIONAL Oceanic and Atmospheric Administration. Disponível em: <<http://www.noaa.gov/fisheries>> . Acesso em: jan. 2016.

OCEANA. Disponível em: <<http://oceana.org/>> . Acesso em: mar. 2016.

AMERICAN Society of International Law. Disponível em: <<https://www.asil.org/>> . Acesso em: jan. 2016.

MY work, my world. Cesare PR Romano. Disponível em: <<http://cesareromano.com/>>. Acesso em: jan. 2016.

THE JCLOS Blog. Disponível em: <<http://site.uit.no/jclos/>>. Acesso em: mar. 2016.

UIT. Disponível em: <https://en.uit.no/forskning/forskningsgrupper/gruppe?p_document_id=355759>. Acesso em: jan. 2016.

INTERNATIONAL Geneva. Disponível em: <<http://www.geneve-int.ch/advisory-centre-wto-law-acwl-0>> . Acesso em: fev. 2016.

TABELA DE CASOS CITADOS

PCA, *Ireland v. United Kingdom ("MOX Plant Case")*. Order n. 6 of 6 June 2008. Disponível em: <http://www.pcacpa.org/MOX%20Plant%20Order%20No.%2061846.pdf?fil_id=1112>. Acesso em: dez. 2015.

PCA. *The Atlanto-Scandian Herring Arbitration (The Kingdom of Denmark in respect of the Faroe Islands v. The European Union)*, Press Release of 17 March, 2014a. Disponível em: <<http://173.254.28.178/~pcacases/web/sendAttach/302>>. Acesso em: fev. 2016.

PCA. *The Atlanto-Scandian Herring Arbitration (The Kingdom of Denmark in respect of the Faroe Islands v. The European Union)*, Termination Order of 23 September, 2014b. Disponível em: <<http://173.254.28.178/~pcacases/web/sendAttach/781>>. Acesso em: fev. 2016.

ICJ, *International status of South-West Africa, Advisory Opinion of July 11th*, 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 128.

ICJ, *Fisheries case, Judgment of December 18th*, 1951, I.C.J. Reports 1951, p. 116.

ICJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1974, p. 3.

ICJ, *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1974, p. 175.

ICJ, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment*, I. C.J. Reports 1998, p. 432.

ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of June, 21th*, 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 14.

ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment*, 1. C. J. Reports 1980, p. 3.

ICJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment*, I.C.J. Reports 2014, p. 226

ICSID, *Southern Bluefin Tuna Case – Australia and New Zealand v. Japan Award on Jurisdiction and Admissibility of August 4, 2000*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Documents/Award%20on%20Jurisdiction%20and%20Admissibility%20of%20August%204_2000.pdf>. Acesso em: jan. 2016.

ITLOS, *M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release, Judgment*,. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_1/judgment_041297_eng.pdf>. Acesso em: jul. 2015.

ITLOS, *M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea); Judgment of 1 July 1999*, Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/judgment.01.07.99.E.pdf>. Acesso em: jul. 2015

ITLOS, *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/Order.27.08.99.E.pdf>. Acesso em: ago. 2015

ITLOS, *“Camouco” Case (Panama v. France), Judgment of 7 February 2000*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_5/Judgment.07.02.00.E.pdf>. Acesso em: agosto, 2015

ITLOS, *“Camouco” Case (Panama v. France), Judgment of 7 February 2000, Declaration of Judge Laing*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_5/Declaration.Laing.E.pdf>. Acesso em: ago.2015

ITLOS, *“Monte Confurco” Case (Seychelles v. France), Prompt Release, Judgment of 18 December 2000*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_6/Judgment.18.12.00.E.pdf>. Acesso em: ago.2015.

ITLOS, *Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union). Order of 20 December 2000*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_7/Ord.2000.3.E.pdf>. Acesso em: jun. 2015.

ITLOS, *Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union), Order of 16 December 2009*, Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_7/Ord.2009.1-16.12.09.E.pdf>. Acesso em: jun.2015.

ITLOS, *“Grand Prince” (Belize v. France), Prompt Release, Judgment of 20 April 2001*, Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_8/Judgment.20.04.01.E.pdf>. Acesso em: fev.2016.

ITLOS, *“MOX Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.E.pdf>. Acesso em: abr. 2015.

ITLOS, *“Volga” Case (Russian Federation v. Australia), Prompt Release of 23 December 2002*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_11/11_judgment_231202_en.pdf>. Acesso em: mai. 2015.

ITLOS, *“Juno Trader” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Judgment of 18 December of 2004*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_13/13_judgment_181204_en.pdf>. Acesso em: set. 2015.

ITLOS, *“Hoshinmaru” Case (Japan v. Russian Federation), Judgment of 6 August 2007*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/14_judgment_060807_en.pdf>. Acesso em: set. 2015.

ITLOS, *“Tomimaru” Case (Japan v. Russian Federation), Judgment of 6 August 2007*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_15/15_judgment_060807_en.pdf>. Acesso em: set. 2015.

ITLOS, *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau), Judgment of 14 April 2014a*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment/C19-Judgment_14.04.14_corr2.pdf>. Acesso em: nov. 2015.

ITLOS, *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau), Judgment of 14 April 2014b, Separate Opinion of Judge Paik*. Disponível em: <

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment/C19_SepOp_Paik_corr_E.pdf>. Acesso em: nov. 2015.

ITLOS, M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau), Judgment of 14 April 2014c, Joint Dissenting Opinion Of Vice-President Hoffmann and Judges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao and Bouguetaia. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment/C19_DissOp_Hoff_MR_Rao_Kateka_Gao_Boug_corr_E.pdf>. Acesso em: nov. 2015.

ITLOS, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011*. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf>. Acesso em: set. 2015.

ITLOS, Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal) of 4 April 2015a. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/advisory_opinion/C21_AdvOp_02.04.pdf>. Acesso em: out. 2015.

ITLOS, Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal) of 4 April 2015b, Declaration of Judge Wolfrum. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/advisory_opinion/C21_advop_decl_Wolfrum_orig_Eng.pdf>. Acesso em: out. 2015.

ITLOS, Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal) of 4 April 2015c, Declaration of Judge Cot. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/advisory_opinion/C21_advop_decl_Cot_TR_Eng.pdf>. Acesso em: out. 2015.

ITLOS, Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal) of 4 April 2015d, Separate Opinion of Judge Paik. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/advisory_opinion/C21_advop_sep_op_Paik_orig_Eng.pdf>. Acesso em: out. 2015.

ITLOS, Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal), Written Statement of SRFC. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/written_statements_round1/C21_19_CSRP_orig_Eng_rev.pdf>. Acesso em: jan. 2016.

ITLOS, Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal), Written Statement of IUCN of 25 November 2014. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/written_statements_round1/C21_4_IUCN_orig_Eng.pdf>. Acesso em: jan. 2016.

ITLOS, Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal), Amicus Curiae Brief of WWF of 29 November 2013. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/written_statements_round1/C21_amicus_curiae_WWF_orig_Eng.pdf>. Acesso em: jan. 2016.

GATT, *United States – Restriction on Imports of Tuna – Complaint by Mexico*, DS21/R, *Panel Report*, publicado em 03 de setembro de 1991.

WTO, *United States – Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products - Complaint by India, Malaysia, Pakistan, Thailand*, WT/DS58/R, *Report of the Panel*, publicado em 15 de maio de 1998a.

WTO, *United States – Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products - Complaint by India, Malaysia, Pakistan, Thailand*, WT/DS58/AB/R, *Report of the Appellate Body*, publicado em 12 de outubro de 1998b.

WTO, *United States – Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 by Malasia*, WT/DS58/RW, *Report of the Panel*, publicado em 15 de junho de 2001.

WTO, *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, *Report of the Appellate Body*, publicado em 16 de janeiro de 1998.

WTO, *European Union — Measures on Atlanto-Scandian Herring*, WT/DS469/1, *Request for Consultations by Denmark in Respect of The Faroe Islands*, of 4 november 2013.

WTO, *European Union — Measures on Atlanto-Scandian Herring*, WT/DS469/1, *Joint Communication from Denmark in Respect of The Faroe Islands and The European Union*, publicado em 25 de agosto de 2014.

WTO, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, WT/DS18/AB/R, *Report of the Appellate Body*, publicado em 28 de outubro de 1998.

WTO, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R, *Report of the Appellate Body*, publicado em 26 de setembro de 2002.

WTO. *Chile — Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish*, WT/DS193/3, *Arrangement between the European Communities and Chile*, publicado em 06 de abril de 2001.

WTO. *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, *Report of the Appellate Body*, publicado em 16 de maio de 2012.

WTO. *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, Recourse to article 21.5 of the DSU by Mexico*, WT/DS381/AB/RW, *Report of the Appellate Body*, publicado em 20 de novembro de 2011.