



**A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: UMA
ANÁLISE DE CASOS BRASILEIROS**
**THE FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: AN ANALYSIS
OF BRAZILIAN CASES**

Brenda Maria Ramos Araújo¹

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo²

RESUMO: Em um ambiente complexo como a sociedade internacional, é natural que o direito seja menos homogêneo. Apesar da fragmentação não ser um problema recente, com o crescimento da regulamentação em nível internacional e da institucionalização de regimes especiais, a intensidade desse fenômeno aumentou. O presente estudo analisa esse fenômeno com base em dois casos brasileiros: os casos da proibição de importação de pneumáticos remodelados no Mercosul e na Organização Mundial do Comércio. Primeiramente, é feita uma descrição dos casos e do fenômeno da fragmentação de leis especiais, utilizando, principalmente, o relatório da Comissão de Direito Internacional. Na análise, por meio de outros casos desses mesmos órgãos e do relatório da CDI, considera-se que os dois casos chegaram a soluções distintas por não terem utilizado o Direito Internacional de forma coesa. O objetivo do estudo é fomentar a discussão sobre o tema, demonstrando que a temática da fragmentação envolve interesses brasileiros imediatos. Conclui-se que é preciso que os sistemas de solução de controvérsias e que os Estados compreendam a necessidade da aplicação de outros regimes especiais e do Direito Internacional geral na interpretação de sistemas normativos.

¹ Mestranda em Direito Internacional pela UERJ, graduada em direito e pós-graduada em Relações Internacionais. E-mail: brendamariara@gmail.com

² Doutor em Direito pela UERJ. Pós-doutor pelo Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Professor Adjunto de Direito Internacional Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), professor visitante na Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University (Polônia) e na Murdoch University (Austrália) e colaborador da Escola de Guerra Naval (EGN). E-mail: vauthierborges@yahoo.com.br.



PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito; Fragmentação; Mercosul; Organização Mundial do Comércio; Brasil; Pneumáticos remoldados.

ABSTRACT: In a complex environment such as that of the international society, it is normal that law is less homogeneous. Although fragmentation is not a recent problem, with the rise of regulation at international level and of the institutionalization of special regimes, the intensity of this phenomenon has risen. This study tries to analyze this phenomenon using as basis two Brazilian cases: the case of prohibition of importation of refurbished pneumatics in the Mercosur and in the World Trade Organization. First, the cases and the phenomenon of the fragmentation of special laws are described, utilizing, mainly, the report of the International Law Commission. In the analysis, using other cases of the same institutions and the report of the ILC, it is considered that the two cases have found different solutions to the same problem because they haven't utilized International Law in a cohesive manner. The objective of this study is to foment the discussion of this subject, showing that the thematic of fragmentation encompass Brazil's direct interests. The conclusion is that the States and the dispute resolution mechanisms need to comprehend the necessity of applying others special regimes and general International Law in the interpretation of normative systems.

KEYWORDS: Law theory; Fragmentation; Mercosur; World Trade Organization; Brazil; refurbished pneumatics.

Introdução

Este trabalho possui como objetivo geral demonstrar que a questão da fragmentação do Direito Internacional envolve interesses brasileiros diretos. Seu objetivo específico é analisar os contenciosos sobre a proibição brasileira de importação de pneumáticos remodelados no Mercosul e na Organização Mundial do Comércio. Será utilizado o método indutivo para, a partir da análise dos casos brasileiros e da pesquisa em casos semelhantes e em bibliografia sobre o tema, alcançar o objetivo geral. A técnica de pesquisa utilizada será exclusivamente bibliográfica.

Os dois casos que serão estudados neste artigo envolvem a adoção de leis restritivas, por parte do Brasil, ao livre comércio para assegurar a proteção do meio ambiente e da saúde. Essas restrições levaram o país a enfrentar dois casos internacionais, um no Mercosul e outro



na Organização Mundial do Comércio (OMC). No primeiro, o Brasil foi acionado pelo Uruguai e, no segundo, pelas Comunidades Europeias³.

Antes da descrição efetiva dos contenciosos, será abordada, de forma introdutória, conceitos indispensáveis para a compreensão do fenômeno da fragmentação. Então, será feita uma descrição, abordando os casos de pneus recauchutados envolvendo o Brasil no Mercosul e na OMC e resumindo o fenômeno da fragmentação envolvendo leis especiais principalmente com base no relatório da Comissão de Direito Interacional sobre fragmentação. Após essa contextualização, será argumentado que os dois casos apresentaram uma visão fragmentada do Direito Internacional. Essa fragmentação pode ocasionar prejuízos inqualificáveis, sendo urgente que os sistemas de solução de controvérsia compreendam que os campos do Direito Internacional precisam dialogar entre si e com o Direito Internacional geral.

1 A fragmentação do Direito Internacional

A fragmentação não é um problema novo. Já em 1953, Wilfred Jenks alertava que, com o crescimento do Direito Internacional, a aparição de conflitos era inevitável⁴. Era

³ Até 30 de novembro de 2009, a União Europeia era conhecida como Comunidades Europeias no âmbito da OMC.

⁴ Devido a grande objetividade na explicação e ao fato de ela ainda ser válida hodiernamente, é preciso repetir as palavras de Jenks: “The essence of the problem is that, despite aviation, telecommunications, atomic energy, and mutual interdependence for welfare and security, the world is still too large and various to permit of a unified legislative process or of vesting in international bodies mandatory legislative powers which are not strictly limited by subject-matter; and that in this situation the optional or adoptive character of international legislation necessarily results in the degree of application of the existing body of international legislation differing for each member of the world Community. The political, legal, economic, and social factors which influence the acceptance and rate of acceptance of instruments on particular subjects by different States vary widely. The process of development is, however, constant and, though uneven in the extreme, is on the whole a rapid one. We cannot, without arresting this process of development, take refuge in any such simple principle as that prior obligations always take precedence of later ones. In these circumstances, the conflict of law-making treaties, while obviously an anomaly which every possible precaution should be taken to avoid, must be accepted as being in certain circumstances an inevitable incident of growth, and it becomes an essential part of the duty of



desejável, por esse motivo, que fossem estabelecidos princípios capazes de solucionar esses eventuais choques decorrentes do aumento nas legislações. Décadas após esse aviso, a fragmentação volta a ser estudada com o relatório⁵ da Comissão de Direito Internacional⁶ e os discursos de presidentes⁷ da Corte Internacional de Justiça⁸.

O retorno desse tema foi, em sua maior parte, propulsionado pela rápida expansão da atividade legal internacional e pela diversificação de seus objetos e de suas técnicas. A globalização aumentou a interdependência entre os países, o que, por sua vez, tornou necessário aumentar os campos regulados na esfera internacional. Então, apesar do Direito Internacional sempre ter sido um pouco fragmentado devido à complexidade da sociedade internacional, reflexo da diversidade dos sistemas normativos nacionais, a fragmentação atual é mais intensa.

Como a sociedade internacional não é hierarquizada, estando os Estados organizados horizontalmente, não há como estabelecer um corpo legislativo geral⁹. Nesse ambiente descentralizado, conforme a necessidade surgiu, diversos campos especializados foram

international lawyers, while encouraging the adoption of procedures which will minimize the occurrence of such conflict, also to formulate principles for resolving such conflict when it arises.” JENKS, Wilfred. *The Conflict of Law-making Treaties*. *British Yearbook of International Law*, 30, pp.401-453, 1953. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byrint30&div=15&id=&page=> Última consulta em: 22/03/2017 p.404 e 405

⁵ KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf Último acesso em: 22/03/2017

⁶ A Comissão de Direito Internacional foi estabelecida, em 1947, pela Assembleia Geral das Nações Unidas com o objetivo de incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação, conforme o artigo 13, 1, a, da Carta das Nações Unidas.

⁷ Discursos do juiz Stephen M. Schwebel, em 1999, a sessão plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas, disponível em <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>, e do juiz Gilbert Guillaume, em 2000, a sessão plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas, disponível em <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>. Último acesso em: 22/03/2017

⁸ A Corte Internacional de Justiça, criada em 1945 pela Carta das Nações Unidas, é o principal órgão judicial das Nações Unidas.

⁹ Veja-se, a respeito, Hildebrando Accioly: “A descentralização do poder é característica da sociedade internacional. Não há centro mundial político-jurídico, com poderes para agir, quer como legislativo, quer como executivo, quer como judiciário, acima dos entes estatais que compõem o sistema internacional.” ACCIOLY, Hildebrando Pompeu. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 945 p.



criados, como, por exemplo, o Direito Internacional dos Investimentos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Ambiental, o Direito Europeu, e cada qual tem seus princípios e suas instituições específicas. Esses ramos especializados são, muitas vezes, criados sem uma análise dos princípios e das práticas do Direito Internacional geral ou das leis de campos correlatos. Como resultado, podem aparecer conflitos entre regras ou sistemas, desvios nas funções de instituições e, até mesmo, a perda de uma noção geral do Direito Internacional. Dessa forma, diversos estudos apareceram sobre a fragmentação, com alguns autores compreendendo que ela gera a erosão do Direito Internacional geral, a emergência de jurisprudência conflitante, a possibilidade de fórum-shopping e a perda de segurança jurídica, e outros doutrinadores analisando que são apenas problemas técnicos que podem ser corrigidos facilmente¹⁰.

O exemplo mais famoso de fragmentação é o caso da usina nuclear MOX Plant¹¹ do Reino Unido sobre os possíveis efeitos ambientais de sua operação. O problema foi levantado em três instituições internacionais diferentes: no Tribunal Arbitral da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar¹², no processo de solução de controvérsias compulsório da Convenção para a Proteção do Meio Ambiente Marítimo do Atlântico Nordeste (OSPAR)¹³ e

¹⁰ Nesse sentido, ver: ZIMMERMANN, Andreas; GOETERS, Hanna; HOFFMANN, Reiner. *Unity and Diversity of International Law*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. WELLENS, Karel; VINAIXA, Rosario Huesa. *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*. Bruxelas: Bruylant, 2006. DUPUY, Pierre Marie. *L'unité de l'ordre juridique internationale: cours général de droit international public*. Recueil des Cours, vol. 297, pp. 9-489, 2002.

¹¹ Para maiores informações sobre o contencioso MOX Plant, conferir: VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. *Da unidade à fragmentação do direito internacional: o caso mox plant*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/95/89>. Acesso em: 30/05/2017

¹² Para maiores informações sobre o mecanismo de solução de controvérsias da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, recomenda-se o acesso ao sítio eletrônico oficial: http://www.un.org/depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm.

¹³ Para maiores informações sobre o mecanismo de solução de controvérsias da Convenção OSPAR, recomenda-se o acesso ao sítio eletrônico oficial: <https://www.ospar.org/convention>.



no Tribunal de Justiça Europeu¹⁴. O Reino Unido alegou, perante o tribunal arbitral, que o caso já estava em discussão nas outras instituições mencionadas. O tribunal arbitral entendeu, contudo, que cada sistema possui existência autônoma, logo a aplicação de regras iguais pode ser diferente devido aos diferentes contextos e objetos das instituições¹⁵. Esse entendimento ocasionou dois problemas, um institucional sobre a competência das instituições e a relação hierárquica entre elas e um substantivo sobre as leis especiais que alegam autonomia em relação a outras leis especializadas e ao direito geral¹⁶.

A situação básica de um conflito de fragmentação ocorre quando uma regra só pode ser cumprida se outra for desrespeitada. Outra situação ocorre quando um tratado frustra os objetivos de outro, mesmo que não exista nenhuma regra claramente incompatível. É o que ocorre nos casos de imunidade estatal e de Direitos Humanos, por exemplo, que são regras

¹⁴ Criado em 1952, o Tribunal de Justiça Europeu é o guardião do Direito Europeu. Para maiores informações, confira-se o sítio eletrônico oficial: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt.

¹⁵ Nesse sentido, o tribunal decidiu que: “Considering that, even if the OSPAR Convention, the EC Treaty and the Euratom Treaty contain rights or obligations similar to or identical with the rights or obligations set out in the Convention, the rights and obligations under those agreements have a separate existence from those under the Convention; 51. Considering also that the application of international law rules on interpretation of treaties to identical or similar provisions of different treaties may not yield the same results, having regard to, inter alia, differences in the respective contexts, objects and purposes, subsequent practice of parties and travaux préparatoires;” TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom). 3 dez. de 2001. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.E.pdf Último acesso em: 22/03/2017 p.9 e 10

¹⁶ Nesse sentido, ver: “Sem discutir questões de mérito, o importante a ser salientado no contexto deste estudo é o fato de que três fóruns internacionais de solução de conflitos se apresentavam prima facie como aplicáveis para resolver um conflito específico, sem hierarquia ou coordenação entre si, uma característica do processo atual de complexificação do direito internacional em que vivemos. De um lado tem-se a norma material de fundo, qual seja, o direito ambiental invocado pela Irlanda. De outro lado tem-se a norma formal de competência, visto que o Reino Unido contestou a competência do Tribunal de OSPAR, do TADM e do TIDM. Além disso, a Comissão Europeia se posicionou em desfavor à Irlanda para preservar a competência do TJCE, portanto, verificase uma pluralidade de atores envolvidos. Verificou-se, ainda, nesse caso, um conflito de direito comunitário (regional) e internacional (mundial) e um conflito de interpretação de uma Convenção (CMB) por distintos órgãos jurisdicionais.” VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. Da unidade à fragmentação do direito internacional: o caso mox plant. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, jan./jun. 2009. Pp.125 e 126 Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/95/89>. Acesso em: 30/05/2017



destinadas a cumprir objetivos diferentes. Nesse tipo de conflito, a regra não gera incompatibilidade, mas ocorre a fragmentação. Como cada campo possui políticas diferentes, as regras podem ser interpretadas ou aplicadas de forma diversa. Outra hipótese, é o que serve de objeto para este trabalho, o caso de tratados ambientais e de tratados comerciais. Este artigo considerará como conflito as situações em que duas regras ou princípios determinem resoluções diferentes para um problema¹⁷.

No relatório da Comissão de Direito Internacional sobre fragmentação, foram identificados quatro tipos de relações que geram situações de conflito: relações entre regras gerais e especiais; relações entre regras anteriores e posteriores; relações entre regras em níveis hierárquicos diferentes; e relações entre regras e seu ambiente normativo¹⁸. O presente artigo enquadra-se no estudo, do ponto de vista brasileiro, das relações entre regras especiais e gerais, mais precisamente, na fragmentação como uma diferenciação entre tipos de lei especial.

Nas discussões sobre fragmentação entre tipos de lei especial, muitas vezes é argumentado que os sistemas de solução de controvérsias possuem sua jurisdição delimitada por seus instrumentos constitutivos. Dessa forma, é sempre criticada a posição de uma instituição que decide pela aplicação de um tratado que não foi criado por ela ou que não está em seu escopo de jurisdição. Ocorre que a jurisdição limitada a tipos específicos de disputas ou a disputas que surgirem de tratados específicos não prejudica o uso de outros tratados para a interpretação e a aplicação dos compromissos internacionais que estão em seu âmbito de

¹⁷ Para outras definições de conflito, ver: KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 p.17-20

¹⁸ Para uma análise mais aprofundada, ver: KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 p. 16



jurisdição¹⁹. A limitação da lei aplicável só ocorre em casos como o da Corte Internacional de Justiça, no art. 38 de seu Estatuto, em que o direito aplicável é definido de forma expressa. Assim, o artigo defenderá que não existem regimes autocontidos, que não dialogam com o restante do Direito Internacional²⁰.

2 Casos sobre a proibição brasileira de importação de pneumáticos recauchutados

Neste item, será feita uma breve contextualização dos dois contenciosos envolvendo o Brasil sobre pneumáticos remodelados. Primeiramente, os dois casos serão abordados juntos para fins de descrição da conjuntura de ambos. Em segundo lugar, será reservado um item para o resumo da argumentação jurídica de cada contencioso.

2.1 Contexto das disputas no Mercosul e na Organização Mundial do Comércio

¹⁹ O relatório da CDI utiliza a OMC como exemplo: “Particularly in the WTO context a distinction has been made between two notions, jurisdiction and applicable law. While the WTO Dispute Settlement Understanding limits the jurisdiction to claims which arise under the WTO covered agreements only, there is no explicit provision identifying the scope of applicable law. By contrast, for example article 38 of the Statute of the International Court of Justice listing the sources that the International Court of Justice should apply in deciding cases does identify the law applicable by the Court. Similarly, the UNCLOS provides that the LOS Tribunal has “jurisdiction over any dispute concerning the interpretation and application of this Convention” and when deciding the cases, it “shall apply this Convention and other rules of international law not incompatible with this Convention”. As no such explicit provision exist in the Dispute Settlement Understanding, the question of the scope of applicable law has seemed problematic.” KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 pp. 28 e 29

²⁰ No mesmo sentido, é a argumentação do relatório da CDI: KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf Último acesso em: 22/03/2017



Desde 1986, o Brasil enfrenta problemas para combater a Dengue²¹. Essa doença é transmitida por mosquitos tropicais e subtropicais que se reproduzem em águas paradas. A doença pode ser fatal e ainda não existe vacina para sua prevenção. Para tentar combater a proliferação desses mosquitos transmissores, o legislativo e o executivo brasileiros trabalham em conjunto para encontrar medidas efetivas, sendo uma delas a eliminação de pneus usados que acumulam água parada²².

Já em 1989, foi adotada a Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos, que procura reprimir o tráfico ilegal e aumentar a cooperação internacional para a gestão ambientalmente adequada de resíduos perigosos. Com base nessa convenção, o Brasil adotou, em 1996, a Resolução nº23 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que estabeleceu a definição de resíduos perigosos e regulamentou o seu tratamento. Os pneumáticos eram enquadrados na categoria de resíduos inertes, de classe III, com importação proibida²³. Em 1999, a matéria é esclarecida com a Resolução nº 258 do CONAMA, que estabeleceu o princípio da responsabilidade dos fabricantes e importadores de pneumáticos usados até sua destinação final. Segundo essa resolução, o importador ou produtor era responsável pela destinação ambientalmente

²¹ No Brasil, as epidemias de dengue remontam ao século XIX. Em 1916, em São Paulo, e em 1923, em Niiterói, existiram casos de dengue que não foram diagnosticados em laboratórios. A primeira epidemia que foi diagnosticada por um laboratório, foi durante os anos de 1981 e 1982, em Boa Vista-RR, causada pelos sorotipos 1 e 4. Quatro anos mais tarde, em 1986, ocorreram epidemias no Rio de Janeiro e na região Nordeste. A dengue aparece, no Brasil, de uma forma contínua, mas as epidemias são esporádicas. As epidemias estão, geralmente, relacionadas a introdução de novos sorotipos em áreas anteriormente indenes ou a alteração do sorotipo predominante. Informações retiradas do sítio oficial do governo. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/descricao-da-doenca-dengue> Última consulta em: 22/03/2017

²² Para conferir medidas de combate e prevenção, conferir o sítio eletrônico: <http://combateaedes.saude.gov.br/pt/prevencao-e-combate>

²³ A primeira legislação que proibiu a importação de pneus usados foi, contudo, a portaria DECEX nº8 de 1991, que proibia a importação de qualquer bem usado.



adequada de um certo número de pneus usados. Esse número era calculado proporcionalmente ao número de pneus que ele importasse²⁴.

No ano 2000, enfrentando nova epidemia de Dengue, o governo emitiu a Portaria da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) n° 8, que proibia a importação de pneus usados e recauchutados. Em resposta a essa ação, em 2001, o Uruguai requereu a abertura de procedimento arbitral contra o Brasil no Mercosul²⁵.

Em 2002, a Organização Mundial da Saúde alertava que o comércio de pneus usados favorece a propagação de mosquitos *A. Albopictus*²⁶, que são transmissores do vírus da dengue e da febre amarela. Como os pneus recauchutados duram quatro anos menos que os novos e não podem ser remanufaturados, seu comércio aumenta o número de pneus inutilizáveis e abandonados no meio ambiente, que podem acumular água e servir de criadouro para mosquitos transmissores. Mesmo assim, neste mesmo ano, a decisão arbitral entendeu que a proibição de importações era incompatível com o sistema do Mercosul²⁷.

Como consequência dessa decisão, o Brasil edita a Portaria SECEX n° 14, em 2004, que abre uma exceção na proibição de importação de pneus recauchutados para os países do Mercosul. No caso, apenas beneficiando o Paraguai e o Uruguai, que são os únicos países do Mercosul que exportam pneus recauchutados, em pequenas quantidades, para o Brasil. Essa

²⁴ A Resolução n° 258, de 26 de agosto de 1999 está disponível no sítio eletrônico: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res99/res25899.html> Acesso em: 31/05/2017

²⁵ Ver o laudo do tribunal arbitral disponível no sítio eletrônico: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/controversias/VI%20LAUDO.pdf> p.6 Acesso em: 31/05/2017

²⁶ “A secondary vector of dengue virus, *A. albopictus*, which until the late 1970s was geographically limited to parts of Asia, has now become established in Africa, the Americas and Europe. Geographical expansion of this mosquito has been aided particularly by international commercial trade in used tyres which, with accumulated rainwater, are attractive habitats for egg-laying females of the species.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Dengue prevention and control. Relatório do Secretariado, 4 mar. de 2002. A55/19. Disponível em: http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA55/ea5519.pdf última consulta em: 22/03/2017 p. 1, parágrafo 4.

²⁷ Ver o laudo do tribunal arbitral disponível no sítio eletrônico: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/controversias/VI%20LAUDO.pdf> p.48 e 49 Acesso em: 31/05/2017



abertura para os países vizinhos fez com que as Comunidades Europeias levassem o caso brasileiro à OMC²⁸.

2.2 O caso da proibição de importação de pneumáticos remodelados no Mercosul

Em 17 de Setembro de 2001, foi constituído o tribunal ad hoc para examinar o caso levado pelo Uruguai contra a Portaria SECEX nº 8/2000 brasileira. Os argumentos das partes eram sobre o princípio do estoppel, que proíbe comportamentos contraditórios, e se a legislação era mesmo uma inovação no ordenamento jurídico interno²⁹.

O Uruguai alegava que sua indústria de pneumáticos recauchutados cresceu com base na possibilidade de exportação para o mercado brasileiro, que não era ilegal até a Portaria SECEX nº 8/2000³⁰. Dessa forma, o Brasil estaria impedido, pelo princípio do estoppel ou *venire contra factum proprium*³¹, de proibir a importação desses pneus. Além disso, o país alegava que a Decisão nº 22/2000 do Conselho do Mercado Comum, que havia entrado em vigor pouco antes da Portaria SECEX, e o artigo 1º do Tratado de Assunção eram incompatíveis com a lei brasileira. Segundo essa decisão, os membros do Mercosul estavam proibidos de introduzir novas restrições ao comércio entre países do bloco. Já o artigo 1º do

²⁸ Ver o sítio eletrônico oficial: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm

²⁹ Ver o laudo arbitral disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/controversias/VI%20LAUDO.pdf> pp.6-24
Acesso em: 31/05/2017

³⁰ “Anteriormente à Portaria Nº 8/00, a Portaria Nº 8/91, de 13 de maio de 1991 (Prova I, doc.2) já havia proibido a importação de pneus “usados” (classificados na Subposição NCM 4012.20), mas não proibia a importação dos pneus recauchutados (classificados na Subposição NCM 4012.10). A importação de pneus “recauchutados” foi autorizada durante o período de dez anos entre a Portaria Nº 8/91 e a Portaria Nº 8/00.” MERCOSUL. Laudo arbitral. Proibição de importação de pneumáticos remodelados. Uruguai v. Brasil. 9 jan. de 2002. P. 5 disponível em:

http://www.tprmercotur.org/pt/docum/laudos/bras/Laudo_br_06_pt_Prohib_importac_neumaticos.pdf
Última consulta em: 22/03/2017

³¹ O princípio do estoppel é a proibição do comportamento contraditório em âmbito internacional. Segundo esse princípio, os Estados não podem comportar-se de modo contrário a sua conduta anterior.



Tratado de Assunção estabelece o livre movimento de bens entre Estados membros. Por último, o Uruguai afirma que a legislação brasileira violava os Princípios Gerais do Direito Internacional da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, que constam na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³².

Em sua defesa, o Brasil alegou que a Portaria SECEX nº 8/2000 era apenas uma interpretação da Portaria do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) nº 8/1991. Não era, portanto, uma inovação. Para o Brasil, pneus recauchutados são uma espécie de pneu usado, que só contêm 30% de material novo. A nova Portaria SECEX foi elaborada apenas porque, na alfândega, os pneus recauchutados eram detidos sem que fosse possível saber se eram ou não permitidos. Havia grande dificuldade em saber se deveriam ser classificados como novos ou como usados, pois a Portaria antiga não era clara o suficiente. Dessa forma, se a indústria uruguaia de pneus recauchutados cresceu ao fraudar o preenchimento dos documentos da alfandega, colocando pneus recauchutados como novos, não poderia ser o Brasil acusado de estoppel^{33 34}.

Além disso, o país alegou que a Resolução 109, de 1994, do Grupo Mercado Comum, permitia que cada país regulasse a entrada de bens usados em seu território, o que excluía esses tipos de bens da legislação mercosulina. É por esse motivo que outros países do bloco, como a Argentina, também proibem a importação de pneus.

³² Ver o laudo arbitral disponível

em:<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/controversias/VI%20LAUDO.pdf> pp.6-14

³³ “A admissão, na prática, das importações de pneus recauchutados não seria suficiente para a criação de expectativas de direito, especialmente considerando-se que a matéria nunca foi pacífica no Brasil.” MERCOSUL. Laudo arbitral. Proibição de importação de pneumáticos remodelados. Uruguai v. Brasil. 9 jan. de 2002. P. 23 disponível em:

http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/bras/Laudo_br_06_pt_Prohib_importac_neumaticos.pdf

Última consulta em: 22/03/2017

³⁴ Ver o laudo arbitral disponível em:
<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/controversias/VI%20LAUDO.pdf> pp.14-24 Última consulta em: 31/05/2017



O tribunal arbitral ad hoc constatou que, desde a década de 1990, o comércio de pneumáticos recauchutados uruguaiois com o Brasil vem crescendo. A Portaria DECEX n° 8/1991 proibia apenas a entrada de pneus usados, que eram diferenciados dos recauchutados. Dessa forma, a Portaria SECEX n° 8/2000 inovou ao proibir a importação de pneus recauchutados também³⁵.

Sobre a Resolução n° 109/1994, o tribunal entendeu que ela permite a regulação de bens usados em nível nacional. Ocorre que após a Decisão n° 22/2000, nenhuma nova regulamentação interna que restrinja o comércio entre membros do bloco pode ser aprovada. Apenas as restrições antigas podem ser mantidas³⁶.

Por último, o tribunal compreendeu que, pelo princípio do estoppel, o Brasil estaria impedido de interromper o comércio de pneus recauchutados que já durava uma década. Uma mudança tão brusca de atitude seria oposta ao espírito de integração do bloco.

Como esse caso transcorreu segundo o procedimento antigo do Protocolo de Brasília, não havia possibilidade de apelação, e o Brasil precisou modificar sua legislação para permitir a entrada de pneumáticos recauchutados de membros do Mercosul. Como foi analisado, essa mudança levará o Brasil, novamente, para um litígio internacional; mas, dessa vez, na OMC.

2.3 O caso das medidas relacionadas a importação de pneus remodelados na OMC

³⁵ Ver o laudo arbitral disponível em:

<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/controversias/VI%20LAUDO.pdf> Pp.34-39 Última consulta em: 31/05/2017

³⁶ “A Decisão N° 22/00 não modifica os alcances da Resolução 109/94 de forma genérica, mas opera como uma garantia do fluxo do comércio intrazona de bens usados existente nessa data. O conteúdo da Decisão 22/00 condiciona a capacidade dos Estados Partes de alterarem ou modificarem, a partir da data de sua aprovação, os alcances de suas legislações internas quanto à imposição de novas restrições ao comércio de bens usados existente.” MERCOSUL. Laudo arbitral. Proibição de importação de pneumáticos remodelados. Uruguai v. Brasil. 9 jan. de 2002. P. 41 disponível em:

http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/bras/Laudo_br_06_pt_Prohib_importac_neumaticos.pdf
Última consulta em: 22/03/2017



No dia 20 de junho de 2005, as Comunidades Europeias fizeram o pedido para estabelecer consultas com o Brasil. Não foi possível chegar a um acordo, e o caso prosseguiu para a formação de um painel. As Comunidades Europeias questionavam a proibição de importação de pneus recauchutados, a classificação de pneus recauchutados como pneus usados, a imposição de uma multa, no valor de 400 reais, sobre cada unidade importada, que não era aplicada a pneus remodelados nacionais e a abertura de exceção para as importações de países do Mercosul³⁷.

O Brasil fundamentou sua defesa no artigo XX(b) do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)³⁸, que prevê a exceção para a adoção de medidas necessária para a proteção da vida ou da saúde dos homens, dos animais e das plantas. Sobre a exceção concedida aos países membros do Mercosul, o Brasil utilizou como argumento o artigo XXIV combinado com o artigo XX(d) do GATT.³⁹

O painel entendeu que a Portaria SECEX n° 14/2004 e a Portaria DECEX n° 8/1991 são incompatíveis com o artigo XI do GATT. Ao analisar se era uma exceção compatível com o artigo XX(b), o painel compreendeu que ficou demonstrada a necessidade da medida, pois não existem medidas alternativas capazes de gerar os mesmos resultados protetivos. Ocorre que essa proibição é feita de forma discriminatória, pois existem exceções para as importações de pneus remodelados advindas de países do Mercosul e de pneus usados para serem recauchutados no Brasil por meio de decisões judiciais internas. Apesar das importações de países do Mercosul serem muito pequenas, as importações ocasionadas por permissões judiciais são de tamanho relevante para prejudicar o objetivo do banimento de

³⁷ Ver o sítio eletrônico oficial: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm

³⁸ O GATT foi estabelecido em 1947, antes da criação da OMC, encontrando-se em vigor até os dias atuais.

³⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel. Brazil – measures affecting imports of retreaded tyres. WT/DS332/R, 12 jun. de 2007. Parágrafo VII.302 Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=88780&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True# Última consulta em: 31/05/2017 P.8



importações de pneus recauchutados⁴⁰. Dessa forma, a proibição seria uma forma de discriminação injustificável, virando uma restrição disfarçada ao comércio.

Assim, a exceção concedida aos países membros do Mercosul, que serviu de mote para as Comunidades Europeias estabelecerem o litígio, não foi considerada como uma discriminação arbitrária ou injusta. Além disso, a medida de proibição às importações de pneus usados e remodelados foi reconhecida como necessária para a proteção da saúde e do meio ambiente⁴¹. Se o Brasil tivesse sido mais rigoroso na aplicação dessa medida restritiva

⁴⁰ “These figures suggest that imports of used tyres have taken place in significant amounts. More specifically, the figures before us, as cited above, show that in 2005 (the last year for which we have complete figures, and also the last full year prior to establishment of this Panel), Brazil imported approximately 10.5 million used tyres, compared to 1.4 million in 2000, the year in which the ban on imports of used and retreaded tyres was first enacted in, at the time, Portaria 8/00. This means that imports of used tyres to Brazil have not only continued, but increased, by 2005, to reach levels (i.e. 10.5 million) representing approximately three times the amount of retreaded plus used tyres (2 million1478 plus 1.4 million) that were annually imported in the year 2000.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel. Brazil – measures affecting imports of retreaded tyres. WT/DS332/R, 12 jun. de 2007. Parágrafo VII.302 Disponível em:

https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=88780&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True# Última consulta em: 22/03/2017

⁴¹ “7.286 The MERCOSUR exemption entails that certain imports of retreaded tyres may take place. We also note that Brazil has confirmed that under the MERCOSUR exemption, it is quite possible for retreaders from MERCOSUR countries benefiting from the exemption to source casings from abroad (for example from the European Communities), retread them locally, and then export the retreaded tyre to Brazil under the MERCOSUR exemption.1460 This means that casings from non-MERCOSUR countries, as well as casings originally used in MERCOSUR, may be retreaded in a MERCOSUR country and exported to Brazil as originating in MERCOSUR. This further increases the potential for imports of retreaded tyres to enter into Brazil through the MERCOSUR exemption. 7.287 If such imports were to take place in such amounts that the achievement of the objective of the measure at issue would be significantly undermined, the application of the import ban in conjunction with the MERCOSUR exemption would constitute a means of unjustifiable discrimination. The more imports enter Brazilian territory through the exemption, the more Brazil's declared policy objective of reducing the unnecessary accumulation of waste tyres to the greatest extent possible will be undermined, thereby affecting the justification for the maintenance of the import ban vis-à-vis non-MERCOSUR WTO Members. This is a matter of preserving the "line of equilibrium" between Brazil's right to invoke Article XX and the rights of other WTO Members under the Agreement. 7.288 As of the time of the Panel's examination, however, volumes of imports of retreaded tyres under the exemption appear not to have been significant. The European Communities has indicated that such imports had increased tenfold since 2002, from 200 to 2,000 tons per year by 2004.1461 That figure remains much lower than the 14,000 tons per year imported from the European Communities alone prior to the imposition of the import ban.1462 Even if all the retreaded tyres imported from MERCOSUR countries were made from used tyres of EC origin, the import ban would still have resulted in eighty six percent of the previous imports from the European Communities not taking place, for



internamente, controlando as concessões judiciais de importações, provavelmente, teria o seu direito reconhecido pelo painel⁴².

No dia 3 de setembro de 2007, as Comunidades Europeias demonstraram sua intenção de entrar com um pedido de revisão para o Órgão de Apelação⁴³. O Órgão manteve a decisão do painel sobre a necessidade da proibição para a proteção do meio ambiente e da saúde. Considerou, contudo, que a exceção fornecida aos países do Mercosul, apesar de ser racional, era injustificável e arbitrária. Ressaltou que a justificativa da exceção ao Mercosul não pode estar apenas relacionada a se a exceção é suficiente para impedir o cumprimento do objetivo da proibição, ou seja, aos efeitos da exceção⁴⁴. Essa mesma ressalva foi feita para os casos de

the year 2004. Thus, the measure's ability to fulfil its objective does not appear to have been significantly undermined by the occurrence of imports from other sources, even in the presence of an exemption for MERCOSUR imports. 7.289 The Panel finds, therefore, that, as of the time of the Panel's ruling, the operation of the MERCOSUR exemption has not resulted in the measure being applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel. Brazil – measures affecting imports of retreaded tyres. WT/DS332/R, 12 jun. de 2007. Parágrafo VII.302 Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=88780&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True# Última consulta em: 31/05/2017 p.214

⁴² “7.306 The Panel finds, therefore, that, since used tyre imports have been taking place under the court injunctions in such amounts that the achievement of Brazil's declared objective is being significantly undermined, the measure at issue is being applied in a manner that constitutes a means of unjustifiable discrimination.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel. Brazil – measures affecting imports of retreaded tyres. WT/DS332/R, 12 jun. de 2007. Parágrafo VII.302 Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=88780&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True# Última consulta em: 31/05/2017 P.218

⁴³ Para melhor compreensão sobre o Sistema de solução de controvérsias da OMC, recomenda-se: PEREIRA, Ana Cristina. *Direito Internacional do Comércio: Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

⁴⁴ “Having said that, we recognize that in certain cases the effects of the discrimination may be a relevant factor, among others, for determining whether the cause or rationale of the discrimination is acceptable or defensible and, ultimately, whether the discrimination is justifiable. The effects of discrimination might be relevant, depending on the circumstances of the case, because, as we indicated above 438, the chapeau of Article XX deals with the manner of application of the measure at issue. Taking into account as a relevant factor, among others, the effects of the discrimination for determining whether the rationale of the discrimination is acceptable is, however, fundamentally different from the Panel's approach, which focused exclusively on the relationship between the effects of the discrimination and its justifiable or unjustifiable character.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. Brazil – measures affecting imports of retreaded



decisões judiciais, que mesmo que fossem em quantidade irrelevante, ainda seriam uma discriminação injustificável e arbitrária.

3 Relações entre leis gerais e especiais

Os conflitos entre lei especial e lei geral podem ser classificados em três tipos⁴⁵: fragmentação devido à interpretação conflitante do direito geral; fragmentação devido à aparição de uma lei especial como exceção a uma lei geral; e fragmentação como uma diferenciação entre tipos de lei especial. A primeira categoria ocorre quando há um entendimento anterior de um direito geral, e, depois, surge uma nova interpretação do mesmo direito por um sistema de solução de controvérsias diferente. Como sistema internacional não possui uma hierarquia, essa espécie de conflito normativo pode ser muito prejudicial. A segurança jurídica fica em posição precária, pois já não é possível fazer uma previsão da decisão e o direito das partes vai depender da jurisdição escolhida. O segundo tipo são os casos em que o sistema de solução de controvérsias decide de forma diferente por entender que a regra geral não pode ser aplicada ao caso em análise. A terceira espécie de conflitos é a que envolve os casos brasileiros mencionados neste artigo. Ela ocorre, especialmente, em casos que envolvem o meio ambiente e o comércio. Ocorre quando existe uma separação entre esses dois ramos, sendo que cada um é considerado como um regime autocontido com princípios diferentes.

As leis especiais podem ser uma especificação de uma lei geral. Quando o caso está sendo regulado por uma lei especial e uma lei geral, aplica-se a lei especial. Nem sempre,

tyres. WT/DS332/AB/R, 3 dez. de 2007. Parágrafo 230 Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=81686&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True Última consulta em: 22/03/2017

⁴⁵ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 p. 30



contudo, é fácil fazer uma distinção entre a lei especial e a geral. Utilizando critérios distintos para fazer essa diferenciação, pode-se chegar a resultados diferentes. Ao tentar diferenciar uma norma geral sobre uma matéria específica de um regime regional, o resultado será diferente caso seja utilizado o critério da aplicação substancial da norma ou o do grupo social alvo dessa lei. Essa dificuldade advém do caráter relacional inerente a essa diferenciação. Uma regra só poderá ser tida como geral ou especial ao ser comparada com outra, pois a classificação não pode ser feita de forma abstrata.⁴⁶

As leis especiais podem ser consideradas como uma aplicação de uma lei geral em determinada circunstância ou como uma modificação, derrogação ou afastamento. No segundo caso, aparece o problema de um conflito normativo, por esse motivo a maioria dos tribunais procura sempre a interpretação harmônica, a primeira opção, que permite a aplicação simultânea da lei geral e da especial. Essa diferenciação parece ser um problema de maior interesse para os acadêmicos, pois, na prática, é difícil diferenciar os dois casos em que o resultado será sempre a aplicação de uma lei especial⁴⁷. O Direito Internacional geral deve

⁴⁶ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf Último acesso em: 31/05/2017 Pp.34-65

⁴⁷ Nesse sentido, é esclarecedor o exemplo utilizado pelo relatório da CDI: “It might, for example, be said that the “inherent right of self-defence” in Article 51 of the Charter of the United Nations is *lex specialis* in relation to the principle of non-use of force in Article 2 (4). The two rules have a very similar (though not identical) scope of application (they apply to inter-State use of armed force). Because Article 51 is more specific than Article 2 (4), it is applicable when its conditions are fulfilled. In this sense, Article 51 may sometimes “replace” or “set aside” the prohibition in Article 2 (4). But Article 51 may also be seen as an “application” of Article 2 (4) inasmuch as self-defence covers action against a State that has violated 2 (4). In this case, Article 51 strengthens and supports 2 (4) and provides instructions on what to do in some cases (namely those involving “armed attack”) in case of breach of Article 2 (4). Both rules are now rationalized under the same purpose - the protection of the territorial integrity and political independence of States - of which they appear as particular applications. Article 51 now appears not so much an exception as a supplement to Article 2 (4).” KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 P. 52 e 53



prevalecer apenas quando ele for um *jus cogens*⁴⁸, estiver relacionado a casos de Direitos Humanos e representar a norma mais favorável à vítima ou em casos em que for prejudicar o balanceamento entre direitos e deveres dos Estados parte de um tratado.

3.1 *Os regimes autocontidos*

O artigo 55 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionais trata sobre o possível conflito entre o projeto e leis especiais. Nos comentários a esse artigo, é feita uma distinção entre leis especiais fortes e as fracas. As primeiras seriam aquelas dos chamados regimes autocontidos. Os regimes autocontidos são um conjunto de regras que existe de forma independente das demais⁴⁹, que pode ser interpretado sem precisar fazer uso de normas exteriores a ele. Então, qualquer conjunto de regras que forma um subsistema para um determinado assunto pode ser considerado como um regime especial.

⁴⁸ *Jus cogens* são normas peremptórias do Direito Internacional. A matéria é regulada pelos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

⁴⁹ O Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionais define regimes autocontidos por meio de dois exemplos: o caso SS Wimbledon da Corte Permanente de Justiça Internacional, de 1923, e o caso dos sequestros da Corte Internacional de Justiça, de 1980. No primeiro, a noção de regime autocontido é mais ampla, pois não há a exigência de um conjunto especial de regras secundárias. Seriam regimes autocontidos qualquer subsistema de regras para um assunto determinado que existe de forma independente. No segundo, seriam apenas aqueles subsistemas que possuem regras próprias para evitar descumprimentos, ou seja, regimes que possuem um conjunto especial de regras secundárias sobre a responsabilidade internacional dos Estados. Koskenniemi, todavia, identifica ainda uma terceira definição que abrangeria ainda mais regimes. Nessa última conceituação, os regimes autocontidos seriam todos os subsistemas que afastam ou modificam regras de Direito Internacional geral, como o Direito da OMC, o Direito Humanitário, o Direito dos Direitos Humanos, etc. Essas três definições estão profundamente interligadas, e é muito difícil distinguir, na prática, a diferença entre elas. KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 p.68 e 72



Apesar dessa definição, Willem Riphagen⁵⁰, relator especial da Comissão para o projeto, compreendia que esses regimes autocontidos podem falhar em um caso concreto. Nessa hipótese, é possível utilizar normas de outro subsistema para a resolução da questão. Ocorre que não é apenas nos casos de falha, mas também nos casos de silêncio que devem ser utilizadas normas de outros subsistemas ou do Direito Internacional geral⁵¹. Nenhum regime autocontido pode ser fechado em si mesmo. Assim, a melhor denominação para esse tipo de conjunto legislativo é a de regimes especiais⁵².

Os regimes especiais recebem sua natureza obrigatória do Direito Internacional geral. As condições de validade ou invalidade do estabelecimento de regimes especiais são fornecidas pelo Direito Internacional geral. Dessa forma, a Convenção de Viena, principalmente os artigos 31 e 32, que estabelecem regras sobre a interpretação de tratados, são automaticamente parte do regime especial. É só por meio da Convenção de Viena que um regime especial pode ser compreendido como tal. Além disso, os regimes especiais são sempre parciais, no sentido de que eles regulam apenas parte das ações estatais. Para que eles existam, é necessário presumir que uma série de outras regras existem também. Eles só

⁵⁰ “Referring to the draft articles, in particular draft article 3, he pointed out that most subsystems of international law were created by treaty, though other sources of such subsystems could not be excluded. From the point of view of efficiency, it would seem normal for States, in the process of creating obligations in a field of relationships between them, also to give thought to the legal consequences of a breach of such obligations, and to determine those legal consequences and their implementation. In fact that was very often not done fully or not done at all. But to the extent that it was done, the relevant provisions must prevail over the rules to be laid down in parts 2 and 3 of the draft. Those rules were residual rules; they were intended to fill the gap left by the States consenting to create obligations between them. Article 3 was designed to convey that residual character.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Yearbook Of The International Law Commission, 1982, V.I P. 202, Parágrafo 17 Disponível em: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1982_v1.pdf Último acesso em: 22/03/2017

⁵¹ Da mesma forma, o relatório considera. KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 p. 76

⁵² KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 P. 82



podem existir em um ambiente sistêmico. Por esses dois motivos, é possível concluir que não há como existir um regime autocontido independente do restante do Direito Internacional⁵³.

Sobre a falha que permitiria o uso de regras que não estão contidas no regime especial, é preciso estabelecer alguns comentários. A definição dessa falha não é simples. Para definir a falha, é preciso levar em consideração a natureza do regime. A maioria dos regimes especiais objetiva reforçar a lei em uma determinada matéria, providenciar uma proteção mais efetiva para determinados interesses ou criar uma regulação mais sensível ao contexto especial. Por vezes, o regime especial pode acabar diluindo obrigações relevantes por alguma falha nas instituições do regime. Seja por uma visão prejudicada de um relatório, seja por um processo de solução de controvérsias lento. A falha pode ser substantiva, quando o regime não conseguiu servir ao seu propósito, ou pode ser procedimental, quando as instituições não funcionarem como foram programadas⁵⁴.

O grande desafio de conflito normativo acontece quando uma ação é permitida em um subsistema, mas é proibida em outro. Nessa hipótese, a máxima da lei especial não consegue resolver o problema nos casos em que os subsistemas possuem objetivos e propósitos diferentes.

3.2 *Regionalismo*

⁵³ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 p.95

⁵⁴ Classificação retirada do relatório. KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 P. 98



A expressão regionalismo costuma ser muito utilizada em estudos sobre relações internacionais. Por sua influência em casos de fragmentação, seu estudo também é necessário em Direito Internacional.

O regionalismo pode ser considerado como um conjunto de práticas e métodos regionais de exame do Direito Internacional. Seria como uma forma de pensamento jurídico, por exemplo, a tradição anglo-americana e a tradição continental⁵⁵. Os estudos sobre essa espécie de regionalismo demonstram que essas tradições têm perdido sua base geográfica⁵⁶. Atualmente, interesses globais, como o comércio e o meio ambiente, influenciam mais o Direito Internacional do que culturas regionais⁵⁷.

A criação do Direito Internacional também pode ser facilitada pelo regionalismo. Com uma comunidade cultural, as regras internacionais adquirem uma base mais sólida, facilitando sua legitimação. Nesse sentido, o regionalismo aparece como uma teoria sociológica, que afirma que ele faz parte de um processo gradual de expansão da solidariedade. Essas teorias enfatizam a tendência natural de desenvolvimento de um Estado para uma unidade mais abrangente⁵⁸.

⁵⁵ Para uma análise mais profunda sobre o tema, ver: NELKEN, David. Defining and using the concept of legal culture. In: ORUCU, Esin; NELKEN, David, ed. Comparative law: a handbook. Portland, OR: Hart Pub., 2007. P.109-132

⁵⁶ Ver: JUNGER, Friedrich K. Conflito de leis na América e na Europa. Cadernos de direito internacional privado do Departamento de Direito da PUC, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 1995.

⁵⁷ Tendência que parece ter começado com a aparição do terceiro mundo. Hedley Bull e Adam Watson explicam a aproximação dos países do chamado terceiro mundo ao estabelecerem as etapas da formação da sociedade internacional. BULL, Hedley; WATSON, Adam. The Expansion of international society. Oxford : Clarendon Press, 1984. Sobre o regionalismo como um processo para a criação de regras para a preservação da autonomia de atores internacionais mais fracos, ver: ACHARYA, Amitav. Norm Subsidiarity and Regional Orders: Sovereignty, Regionalism, and Rule-Making in the Third World. International Studies Quarterly, v.55, p. 95-123, 2011.

⁵⁸ Ver Georges Scelle: SCELLE, Georges. Droit international public. Domat-Montchrestien, 1948.



O fenômeno do regionalismo também pode estabelecer regras regionais ou limitar a esfera de validade do Direito Internacional geral. São regras impostas a Estados simplesmente por eles fazerem parte de uma região. Nesses casos, o regionalismo atua como um costume⁵⁹.

Em todas essas acepções do termo, fica claro que o regionalismo não cria sistemas normativos isolados. No primeiro caso, o regionalismo já não está mais preso em suas bases geográficas, sendo que outros interesses, como o comércio, são capazes de unir países de localizações e culturas diversas. Na segunda definição, o termo é compreendido como o primeiro passo para a aproximação mundial mais profunda. Por último, o regionalismo funciona como um costume que é regulado conforme o Direito Internacional geral.

É natural da racionalidade jurídica ter que ligar sistemas entre si e também separar sistemas para estabelecer prioridades. A aparição de novos rumos do DI e de novas formas de tratados é um reflexo natural da complexidade do mundo globalizado. Após o analisado, é possível concluir que o problema não está no instrumental do Direito Internacional, mas sim na criatividade de quem o utiliza.

4 Análise sobre a fragmentação nos casos brasileiros estudados

Analisando a descrição dos dois casos brasileiros, é possível observar que não foi utilizado o Direito Internacional do Meio Ambiente pelos sistemas de solução de controvérsia ou pelas partes. Isso demonstra que a visão dos participantes sobre o Direito Internacional ainda é muito fragmentada.

⁵⁹ No caso Asilo, de 1950, julgado pela CIJ, a Colômbia argumentou que havia surgido um direito latino-americano sobre asilo diplomático. Essa lei deveria ser aplicada até mesmo aos Estados que não tinham aceitado. Nesse sentido, ver trecho citado por Koskenniemi, no relatório da CDI: “not only that it was “binding upon all States of the New World” as well as on all other States “in matters affecting America”, but also that it was “binding upon all the states of the New World” though it “need not be accepted by all [of them]”.” A Corte tratou o caso como se fosse um costume e entendeu que a Colômbia não conseguiu comprova-lo. KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 p.110



Começando pela argumentação do caso da OMC, a temática do meio ambiente foi abordada com referências exclusivas ao próprio regime especial. Apesar do princípio da precaução e da prevenção estarem intimamente relacionados a qualquer tarefa interpretativa que envolva a matéria, o caso é omissivo em relação a essas regras. Dessa forma, nota-se que o regime especial da OMC é tratado como um sistema autocontido, que utiliza regras apenas de seu próprio âmbito.

Acontece que essa posição de um regime autocontido não é uma novidade. No caso medidas sobre carnes e produtos de carne, envolvendo as Comunidades Europeias e os Estados Unidos, essa posição isolacionista da OMC ficou clara. O Órgão de Apelação, em seu relatório, compreendeu que o princípio da precaução, por mais que gere obrigações no Direito Internacional Ambiental, não é uma norma vinculante para o subsistema da OMC. Esse órgão parece ter chegado à conclusão que os dois regimes são independentes, e que cada qual possui seus próprios princípios. É um entendimento que remonta à época do GATT:

O Painel, entretanto, observou que os acordos mencionados pelas partes eram tratados bilaterais ou plurilaterais que não tinham sido firmados pelos mesmos membros do GATT, e que eles não se aplicam à interpretação do GATT ou à aplicação de seus dispositivos.⁶⁰

Como muitos casos podem envolver situações que concernem tanto o meio ambiente quanto o comércio, uma separação estanque entre esses dois regimes especiais pode ocasionar diversos problemas. Nem sempre será fácil saber se o caso envolve mais aspectos ambientais ou mais características comerciais, por isso uma situação fática poderá ser analisada duas ou mais vezes por sistemas que encontrarão resultados distintos⁶¹. A capacidade de tratar o

⁶⁰ Tradução livre do original em inglês: “However the Panel observed that the agreements cited by the parties to the dispute were bilateral or plurilateral agreements that were not concluded among the contracting parties to the General Agreement, and that they did not apply to the interpretation of the General Agreement or the application of its provisions.” GATT. Relatório do painel. United States - Restrictions On Imports Of Tuna DS29/R, 16 de jun. de 1994. p. 56 parágrafo 5.19 Disponível em: <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/tunadolphinII.pdf.download#page=50> Última consulta em: 22/03/2017

⁶¹ O relatório da CDI fornece um bom exemplo: “For example, maritime transport of oil links to both trade and environment, as well as to the rules on the law of the sea. Should the obligations of a ship owner in regard to the



Direito Internacional de uma forma coesa consegue evitar ocorrências como o fórum shopping e a falta de segurança jurídica. É preciso aplicar a interdisciplinaridade na interpretação dessas situações e não apenas o Direito Internacional geral.

Analisando a jurisprudência do sistema de solução de controvérsias da OMC, é possível perceber que ele tenta escapar das situações de conflito de normas. Frente a um conflito, o sistema prefere sempre argumentar que é uma questão de interpretação harmônica. A busca é, na maioria dos casos, por considerar que a lei especial é apenas uma aplicação de uma norma geral em uma situação concreta:

Considerando a argumentação da Indonésia de que o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) é a única lei aplicável por haver um conflito geral entre as disposições do ASMC e o artigo III do GATT, nós relembramos, primeiramente, que, no Direito Internacional Público, existe uma presunção contra conflitos. Essa presunção é especialmente importante no âmbito da OMC, pois todos os acordos da OMC, inclusive o GATT 1994 que foi modificado por Entendimentos quando se julgou necessário, foram negociados ao mesmo tempo, pelos mesmos membros e no mesmo fórum. Nesse contexto, nós recordamos o princípio da interpretação efetiva, segundo o qual todos os dispositivos de um tratado (e no Sistema da OMC todos os tratados) devem ser interpretados usando o sentido ordinário das palavras.⁶²

technical particularities of a ship, for instance, be determined by reference to what is reasonable from the perspective of oil transport considered as a commercial activity or as an environmentally dangerous activity? The responses are bound to vary depending on which one chooses as the relevant frame of legal interpretation.” KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf Último acesso em: 22/03/2017 p.34

⁶² Tradução livre do original em inglês: “In considering Indonesia’s defence that there is a general conflict between the provisions of the SCM Agreement and those of Article III of GATT, and consequently that the SCM Agreement is the only applicable law, we recall first that in public international law there is a presumption against conflict. This presumption is especially relevant in the WTO context since all WTO agreements, including GATT 1994 which was modified by Understandings when judged necessary, were negotiated at the same time, by the same Members and in the same forum. In this context we recall the principle of effective interpretation pursuant to which all provisions of a treaty (and in the WTO system all agreements) must be given meaning, using the ordinary meaning of words.” OMC. Indonesia — Certain Measures Affecting the Automobile Industry, WT/DS54/R WT/DS55/R WT/DS59/R WT/DS64/R, 2 jul. de 1998 p. 14.28. essa



Como foi visto anteriormente, contudo, essa separação entre lei especial aplicadora e a lei modificadora é precária. Na prática, as duas categorias estão profundamente conectadas, sendo difícil estabelecer uma separação. O importante é definir qual é a lei especial e saber que ela deve prevalecer, sendo modificativa ou apenas aplicativa, a não ser que a lei geral seja um *jus cogens* ou uma obrigação precedente que mereça prioridade. Dessa forma, a posição da Corte Internacional de Justiça em apenas identificar a lei especial parece mais correta:

É de suma importância que a Corte tenha compreendido que o Tratado de 1977 ainda está em vigor, e, conseqüentemente, governa a relação entre as partes. Essa relação também é determinada pelas regras de outras convenções importantes que os dois Estados são partes, pelas regras do Direito Internacional geral e, nesse caso em específico, pelas regras da responsabilidade dos Estados; mas é governada, antes de tudo, pelas regras aplicáveis do Tratado de 1977 como *lex specialis*.⁶³

O temor em reconhecer que uma situação representa um conflito normativo pode ter resultados mais prejudiciais para a unidade do sistema de Direito Internacional. O sistema de solução de controvérsias que procura o caminho da interpretação harmônica acaba fechando suas resoluções em si mesmo, sem procurar apoio do Direito Internacional geral. O sistema inteiro transforma-se em uma aplicação da norma geral em uma situação concreta sem ser necessário examinar outros regimes especiais. Assim, surgem situações como o caso dos hormônios da carne, mencionado anteriormente, em que a OMC considerou que entre o regime de Direito Internacional Ambiental e o de Comércio Internacional não existe nenhum diálogo:

passagem já foi mencionada em diversos outros casos do sistema que também abordam o tema, como o Turkey – Restrictions On Imports Of Textile And Clothing Products.

⁶³ Traduzido do original em inglês: “it is of cardinal importance that the Court has found that the 1977 Treaty is still in force and consequently governs the relationship between the Parties. That relationship is also determined by the rules of other relevant conventions to which the two States are party, by the rules of general international law and, in this particular case, by the rules of State responsibility; but it is governed above all by the applicable rules of the 1977 Treaty as a *lex specialis*.” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), 1997 p. 76, para. 132.



Nós consideramos, contudo, que é desnecessário, e provavelmente imprudente, que o Órgão de Revisão, neste recurso, assumira uma posição nessa questão importante, mas abstrata. Nós recordamos que o próprio Painel não tomou nenhuma decisão definitiva sobre o status do princípio da precaução no Direito Internacional, e que esse princípio, pelo menos fora do campo do Direito Internacional Ambiental, ainda aguarda uma formulação autorizativa.⁶⁴

Apesar disso, no caso sobre a proibição de importação de determinados camarões e produtos derivados dos mesmos, a OMC surpreendeu ao utilizar tratados de outros regimes especiais, como a Convenção sobre o Direito do Mar, a Convenção Sobre Diversidade Biológica e a Agenda 21, para interpretar a expressão recursos naturais exauríveis do artigo XX(g) do GATT:

As palavras do artigo XX(g), “recursos naturais exauríveis”, foram empregadas mais de 50 anos atrás. Elas precisam ser lidas pelo intérprete do tratado à luz de preocupações contemporâneas da comunidade das nações sobre a proteção e conservação do meio ambiente. Ainda que o artigo XX não tenha sido modificado na Rodada Uruguai, o preâmbulo do Acordo da OMC demonstra que os membros do Acordo estavam, em 1994, completamente cientes da importância e da legitimidade da proteção ambiental como um objetivo de política interna e internacional.⁶⁵

Essa maior atenção ao Direito Internacional em seu conjunto proporciona decisões que condizem mais com os interesses da sociedade internacional globalizada. Além disso, elas diminuem o risco de problemas de fragmentação, pois os regimes especiais não aparecem mais de uma forma independente e isolada. Mesmo estando claro os benefícios de uma

⁶⁴ Tradução livre do original em inglês: “We consider, however that it is unnecessary, and probably imprudent, for the Appellate Body in this appeal to take a position on this important, but abstract, question. We note that the Panel itself did not make any definitive finding with regard to the status of the precautionary principle in international law and that the precautionary principle, at least outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation.” OMC. *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, 16 jan. 1998, WT/DS26/AB/R, DSR 1998:I, p. 180-181, para. 123

⁶⁵ Tradução do original em inglês: “The words of Article XX(g), “exhaustible natural resources”, were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment. While Article XX was not modified in the Uruguay Round, the preamble attached to the WTO Agreement shows that the signatories to that Agreement were, in 1994, fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy.” OMC. *United States - Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products* WT/DS58/AB/R P. 48 parágrafo 129



solução interconectada entre os diversos regimes especiais, a doutrina ainda está dividida sobre a possibilidade da OMC utilizar normas diversas na interpretação de seu sistema⁶⁶.

Como em ambos os casos brasileiros abordados não houve menção a outros regimes especiais, principalmente o ambiental, as soluções alcançadas pelo Mercosul e pela OMC foram divergentes. Enquanto a OMC considerou que a proibição de exportação estaria enquadrada em uma das exceções permitidas em virtude da proteção do meio ambiente, o Mercosul apenas considerou que essa mesma proibição era uma restrição indevida ao livre comércio. Uma interpretação desses dois regimes de comércio observando o regime do meio ambiente conseguiria atualizar os tratados aos interesses da sociedade internacional e evitar decisões discrepantes.

O Brasil, durante o contencioso no Mercosul, estava profundamente fechado no regime comercial e não adentrou nem mesmo na exceção do artigo 50 (d) do Tratado de Montevideu, de 1980, que é muito semelhante à exceção do artigo XX (b) do GATT. Essa exceção permite restrições ao livre comércio quando forem necessárias para a proteção do meio ambiente. O sistema de solução de controvérsias da OMC compreendeu, após alegações das Comunidades Europeias que o Brasil não havia defendido sua medida restritiva em termos ambientais no contencioso passado, que as decisões dos dois casos seriam diferentes, pois os dois sistemas são distintos e autônomos:

Nós não consideramos que estamos em posição de avaliar em detalhes a escolha de argumentos do Brasil nos procedimentos perante o Mercosul ou de questionar o resultado do caso tendo em vista a estratégia de argumentação brasileira. Também não seria apropriado para nós adentrar em tais méritos. Nós precisamos apenas considerar os detalhes desses procedimentos no que for necessário para determinar a consistência da exceção do Mercosul com os requerimentos do caput do artigo XX, e, especificamente, nessa etapa de nossas análises, se, como resultado, a proibição de importação de pneus recauchutados está sendo aplicada como uma discriminação arbitrária ou injustificável. Nesse sentido, recordamos que, apesar da estratégia de

⁶⁶ Para maiores explicações sobre as divisões doutrinárias, ver: DUNOFF, Jeffrey. The Wto In Transition: of constituents, competence and coherence. The Geo. Wash. Int'l L. Rev., v. 33, pp 979-1013, 2000. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwilr33&div=35&id=&page=> Última consulta em: 22/03/2017 p. 995 e 996



argumentação escolhida pelo Brasil durante os procedimentos no Mercosul não ter conseguido convencer o tribunal do Mercosul, ela não é, em si mesma, absurda ou irrazoável. O Brasil explicou que escolheu defender suas medidas levando em consideração as alegações legais específicas levantadas contra elas nos procedimentos. Além disso, apesar da estratégia de argumentação utilizada pelo Brasil naquele momento não ter sido bem-sucedida, não é possível afirmar que uma estratégia diferente teria ocasionado um resultado diferente.⁶⁷

Talvez, essa posição fragmentada brasileira possa ser explicada pelo conhecimento que o país possui sobre a atuação do sistema de controvérsias do Mercosul⁶⁸. Esse sistema parece considerar seu regime especial ainda mais independente de outras normas do que o da OMC. É provável que o Brasil soubesse que, mesmo que ele tivesse usado argumentos ambientais para defender sua restrição, a decisão do Mercosul não teria mudado. O que prova essa visão é a resolução do caso argentino sobre pneus, anos depois do caso brasileiro. A Argentina também tinha estabelecido a mesma proibição a importação de pneus remoldados, e o Uruguai, novamente, pediu o estabelecimento de um tribunal no Mercosul.

⁶⁷ Tradução livre do original em inglês: “We do not consider that we are in a position to assess in detail the choice of arguments by Brazil in the MERCOSUR proceedings or to second-guess the outcome of the case in light of Brazil's litigation strategy in those proceedings. Nor would it be appropriate for us to engage in such an exercise. We need only consider the details of those proceedings to the extent necessary to determine the consistency of the MERCOSUR exemption with the requirements of the chapeau of Article XX, and specifically, at this stage of our analysis, whether as a result the import ban on retreaded tyres is being applied as a means of "arbitrary" or "unjustifiable" discrimination. In this respect, we note that, although the litigation strategy chosen by Brazil during the MERCOSUR proceedings failed to persuade the MERCOSUR tribunal, it does not, in itself, seem unreasonable or absurd. Brazil has explained that it chose to defend its measures in consideration of the specific legal claims raised against it in the proceedings. Furthermore, while the particular litigation strategy followed in that instance by Brazil turned out to be unsuccessful, it is not clear that a different strategy would necessarily have led to a different outcome.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel. Brazil – measures affecting imports of retreaded tyres. WT/DS332/R, 12 jun. de 2007. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=88780&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True# Última consulta em: 22/03/2017, P. 212, parágrafo 7.276.

⁶⁸ Adriana Savio faz outra suposição: “É evidente que o Brasil perdeu a causa porque usou critérios comerciais para fundamentar a imposição de uma medida restritiva. Sua derrota foi uma experiência, fazendo com que mudasse de estratégia nos autos do caso “Brasil – Medidas de interdição à importação de pneus recauchutados” sob o âmbito da OMC.” SAVIO, Adriana Macena. O caso dos pneus perante a OMC e o Mercosul. Univ. Rel. Int., Brasília, v. 9, n. 1, p. 349-370, jan./jun. 2011. P. 358



A Argentina, em sua argumentação, defendeu a proibição com base na exceção do artigo 50 (d) do Tratado de Montevideu e nos princípios da precaução e da prevenção. O Tribunal Arbitral aceitou a argumentação de defesa, declarando que a medida restritiva era compatível com o sistema normativo do bloco. Em seu relatório, o Tribunal Arbitral soube avaliar o regime do Mercosul em conjunto com o regime ambiental:

Tal como no Acordo Marco do Mercosul, a Declaração do Rio reconhece o perigo da utilização dos temas do meio ambiente como forma de proteção comercial ou de restrição ao livre comércio, mas admite o emprego restritivo dessas medidas, desde que de forma justificada e não arbitrária. Para complementar as referências à Declaração de 1992 sobre o meio ambiente, cumpre recordar que a mesma consagrou a aplicação do critério de precaução, quando em discussão questões de meio ambiente, admitindo que quando houver perigo de dano grave ou irreversível ao meio ambiente, a falta de certeza científica não deve servir como motivo para a não-adoção das medidas julgadas necessárias.⁶⁹

O Uruguai, contudo, não desistiu da causa, recorrendo ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR). O TPR reforma a decisão do Tribunal Arbitral, criticando a aplicação coesa do Direito Internacional e defendendo o caráter independente e autônomo do sistema especial do Mercosul:

O presente TPR remarca, primeiramente, que, na verdade, em um sistema de integração não existem dois princípios em conflito ou confrontação, como, em nossa opinião, equivocadamente defende o laudo que está sendo revisto, em seu parágrafo 55. Existe apenas um princípio (o livre comércio), ao qual podem ser impostas certas exceções (como, por exemplo, a exceção do meio-ambiente mencionada). Mesmo assim, o presente TPR não concorda com o que foi defendido pelo laudo em revisão na última parte do parágrafo 55, em que estipula que o Tribunal deve ponderar a aplicação dos mencionados princípios em confrontação (livre comércio e proteção do meio-ambiente) estabelecendo a prevalência de um sobre o outro, levando em consideração os ditames do Direito Internacional. O presente TPR entende que a questão debatida nos autos é a viabilidade ou não da exceção ambiental sob a normativa mercosulina e não sob o Direito Internacional. Ao fazer essa consideração, o TPR tem consciência de que apesar dos princípios e das disposições de Direito Internacional estarem incluídos no Protocolo de Olivos como uma das referências jurídicas a serem aplicadas (Art. 34), sua aplicação sempre deverá ser apenas de forma subsidiária (ou, na melhor das hipóteses, de forma complementar) e apenas quando forem aplicáveis ao caso. Nunca de

⁶⁹ MERCOSUL. Laudo Arbitral. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Argentina. Prohibición de importación de neumáticos remoldeados. 25 de out. 2005. Disponível em: http://www.mercosur.int/msweb/SM/pt/Controversias/TPR/TPR_Tribunal%20AdHoc_Laudo%20Neumaticos_P T.pdf Último acesso: 22/03/2017 Parágrafo 61 p.23



maneira direta e primária, como corresponde a um direito de integração (que o Mercosul já possui) e a um direito comunitário, ao qual se aspira (mas que não se tem no Mercosul por ausência da tão sonhada supranacionalidade). Em suma, o direito de integração tem e deve ter autonomia suficiente dos demais ramos do Direito. Não o considerar, contribuirá sempre de maneira negativa ao desenvolvimento da institucionalidade e da normativa mercosulina. Sobre o tema, Alejandro Daniel Perotti assevera “recorrer a elementos que estão localizados fora do ordenamento da integração leva ao pecado original de repudiar sua autonomia em relação ao Direito Nacional e ao Direito Internacional.”⁷⁰

Ao tomar essa decisão autoritária, sem considerar os demais sistemas especiais, o TPR ignorou o interesse da sociedade internacional e colocou em risco a estabilidade do Direito Internacional. A jurisprudência do Mercosul e da OMC trazem respostas diferentes para situações semelhantes, criando uma fragmentação sobre a matéria.

Após a análises desses dois casos envolvendo o Brasil, fica claro que a fragmentação do Direito Internacional aparece como um problema quando sistemas de solução de controvérsia ignoram a unidade do Direito Internacional e tentam defender regimes autocontidos. Se o Mercosul e a OMC tivessem analisado a questão da proibição brasileira

⁷⁰ Tradução livre do original em espanhol: “Este TPR nota a primera vista de que en realidad en un esquema de integración no es que haya dos principios en conflicto o confrontación como equivocadamente en nuestra opinión sostiene el laudo en revisión en su Numeral 55. Existe un solo principio (el libre comercio), al cual se le pueden anteponer ciertas excepciones (como por ejemplo la excepción medio-ambiental aludida). Asimismo, este TPR no concuerda en cuanto a lo sostenido por el laudo en revisión en su última parte del Numeral 55 donde estipula que el Tribunal ponderará la aplicación de los mencionados principios en confrontación (libre comercio y protección de medio-ambiente) definiendo la prevalencia de uno sobre otro, teniendo en cuenta los dictámenes del derecho internacional. Este TPR entiende que la cuestión debatida en autos es la viabilidad o no de la excepción medio-ambiental a tenor de la normativa mercosureña y no a tenor del derecho internacional. Al hacer esta aseveración el TPR es conciente de que no obstante de que los principios y disposiciones del derecho internacional están incluidos en el Protocolo de Olivos como uno de los referentes jurídicos a ser aplicados (Art. 34), su aplicación siempre debe ser solo en forma subsidiaria (o en el mejor de los casos complementaria) y solo cuando fueren aplicables al caso. Nunca de manera directa y primera, como desde luego corresponde en un derecho de integración (que ya lo tiene el Mercosur) y en un derecho comunitario al cual se aspira (que todavía no lo tiene el Mercosur) por la ausencia de la tan anhelada supranacionalidad. En suma, el derecho de integración tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho. El no considerar ello contribuirá siempre de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña. Al respecto dice Alejandro Daniel Perotti “recorrir a elementos que se ubican fuera del ordenamiento de la integración lleva el pecado original de desconocer su autonomía en relación al derecho nacional y al derecho internacional”.” MERCOSUL. TPR. Laudo n. 1/2005. Recurso de revisión presentado por la republica oriental del uruguay contra el laudo arbitral del tribunal arbitral ad hoc de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia “prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del uruguay”. Disponível em: http://www.sice.oas.org/Dispute/mercosur/Laudo001_005_s.pdf Último acesso: 22/03/2017 Parágrafo 9 p.5



aos pneumáticos remoldados com base no regime de Direito Internacional Ambiental, as soluções teriam sido iguais. A fragmentação do Direito Internacional apenas é um problema quando situações de conflito de leis não são reconhecidas como tais.

Considerações Finais

Este artigo analisou o problema da fragmentação de leis especiais com base em dois casos brasileiros, os casos de proibição da importação de pneumáticos no Mercosul e na OMC. Após o estudo, é possível afirmar que as soluções encontradas por cada mecanismo de solução de controvérsias foram distintas, pois foram elaboradas apenas com base em seu próprio regime.

Com a globalização, o crescimento da regulamentação em nível internacional e o aumento nas organizações internacionais, o Direito Internacional precisa ser estudado em seu todo para atender aos anseios dessa sociedade cada vez mais interligada. Regimes especiais não podem ser considerados como autônomos e autossuficientes. Por representarem apenas uma temática específica, precisam ser interpretados com base em outros regimes e no Direito Internacional geral. A pesquisa não pretende ser exaustiva sobre o tema da fragmentação, pois analisa apenas dois casos práticos. Apesar disso, os sintomas não podem ser ignorados. O trabalho é um estímulo à discussão sobre o tema, demonstrando que a temática da fragmentação está mais próxima do interesse brasileiro do que é habitualmente retratado.

A solução encontrada pelo Mercosul, além de colocar em risco a segurança jurídica, gera um passivo ambiental e problemas de saúde pública. Os pneus recauchutados não podem ser reaproveitados, tendo uma duração muito inferior aos novos. Após utilizados, a maioria dos pneus não são corretamente descartados, acabando como um depósito de água ideal para mosquitos transmissores de doenças. Apesar da imensa legislação internacional protetiva ao meio ambiente e à saúde mundial, o bloco optou por interpretar suas normas exclusivamente com base em tratados regionais de mais de uma década de existência. A falta de atenção aos



valores da sociedade internacional, que busca a proteção ao meio ambiente e o estímulo ao livre comércio, não parecer beneficiar a integração econômica e pode colocar em dúvida a legitimidade desse importante sistema de solução de controvérsias.

O trabalho dos sistemas de solução de controvérsias, hodiernamente, deve ser procurar atualizar a interpretação de seus tratados conforme a evolução da sociedade internacional, com base nas regulamentações de temas que apenas recentemente apareceram na esfera internacional. Esse trabalho pode ser facilitado com o desenvolvimento de um estudo mais aprofundado sobre o conceito de Direito Internacional geral e o seu papel na união dos regimes especiais. A solução, todavia, não é considerar cada regime especial como uma aplicação específica da norma geral, mas sim procurar uma interpretação interligada com outros subsistemas e com o Direito Internacional geral.



Referências

ACCIOLY, Hildeprando Pompeu. Manual de Direito Internacional Público. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ACHARYA, Amitav. Norm Subsidiarity and Regional Orders: Sovereignty, Regionalism, and Rule-Making in the Third World. *International Studies Quarterly*, v.55, p. 95-123, 2011.

BULL, Hedley; WATSON, Adam. *The Expansion of international society*. Oxford : Clarendon Press, 1984.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), 1997.

DUNOFF, Jeffrey. The Wto In Transition: of constituents, competence and coherence. *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, v. 33, pp 979-1013, 2000. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwilr33&div=35&id=&page=> Última consulta em: 22/03/2017

DUPUY, Pierre Marie. L'unité de l'ordre juridique internationale: cours général de droit international public. *Recueil des Cours*, vol. 297, pp. 9-489, 2002.

GATT. Relatório do painel. United States - Restrictions On Imports Of Tuna DS29/R, 16 de jun. de 1994. Disponível em: <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/tunadolphinII.pdf.download#page=50> Última consulta em: 22/03/2017

GUILLAUME, Gilbert. Nova Iorque: Sessão Plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas, 2000. (comunicação oral) Disponível em <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1> Último acesso em: 22/03/2017

JENKS, Wilfred. The Conflict of Law-making Treaties. *British Yearbook of International Law*, 30, pp.401-453, 1953. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byrint30&div=15&id=&page=> Última consulta em: 22/03/2017

JUNGER, Friedrich K. Conflito de leis na América e na Europa. *Cadernos de direito internacional privado do Departamento de Direito da PUC*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 1995.



KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf Último acesso em: 22/03/2017

MERCOSUL. Laudo arbitral. Proibição de importação de pneumáticos remodelados. Uruguai v. Brasil. 9 jan. de 2002. Disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/bras/Laudo_br_06_pt_Prohib_importac_neumaticos.pdf Última consulta em: 22/03/2017

MERCOSUL. Laudo Arbitral. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Argentina. Prohibición de importación de neumáticos remodelados. 25 de out. 2005. Disponível em: http://www.mercosur.int/msweb/SM/pt/Controversias/TPR/TPR_Tribunal%20AdHoc_Laudo%20Neumaticos_PT.pdf Último acesso: 22/03/2017

MERCOSUL. TPR. Laudo n. 1/2005. Recurso de revision presentado por la republica oriental del uruguay contra el laudo arbitral del tribunal arbitral ad hoc de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia “prohibicion de importacion de neumaticos remodelados procedentes del uruguay”. Disponível em: http://www.sice.oas.org/Dispute/mercosur/Laudo001_005_s.pdf Último acesso: 22/03/2017

NELKEN, David. Defining and using the concept of legal culture. In: ORUCU, Esin; NELKEN, David, ed. Comparative law: a handbook. Portland, OR: Hart Pub., 2007. P.109-132

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Yearbook Of The International Law Commission, 1982, V.I Disponível em: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1982_v1.pdf Último acesso em: 22/03/2017

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Dengue prevention and control. Relatório do Secretariado, 4 mar. de 2002. A55/19. Disponível em: http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA55/ea5519.pdf última consulta em: 22/03/2017

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. Brazil – measures affecting imports of retreaded tyres. WT/DS332/AB/R, 3 dez. de 2007. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-



WELLENS, Karel; VINAIXA, Rosario Huesa. L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international. Bruxelles: Bruylant, 2006.

ZIMMERMANN, Andreas; GOETERS, Hanna; HOFFMANN, Reiner. Unity and Diversity of International Law. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.