



**Universidade de Brasília
Instituto de Relações Internacionais
Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais**

**O CONCEITO DE *RULE OF LAW* NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS:
DIREITOS HUMANOS E RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE NAVEGAÇÃO
NOS OCEANOS**

GILBERTO ANTONIO DUARTE SANTOS

**BRASÍLIA
2015**

GILBERTO ANTONIO DUARTE SANTOS

**O CONCEITO DE *RULE OF LAW* NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS:
DIREITOS HUMANOS E RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE NAVEGAÇÃO
NOS OCEANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Relações Internacionais.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Daniel Jatobá França

**BRASÍLIA
2015**

GILBERTO ANTONIO DUARTE SANTOS

**O CONCEITO DE *RULE OF LAW* NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS:
DIREITOS HUMANOS E RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE NAVEGAÇÃO
NOS OCEANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Relações Internacionais.

Aprovada em X de novembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Daniel Jatobá França (orientador)
Universidade de Brasília

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
Universidade de Brasília

Profa. Dra. Tereza Cristina Nascimento França
Universidade Federal de Sergipe

Dedico este trabalho a minha mãe.

In this day and age, the sea should no longer be a source of conflict. If there is anything that the rule of law and UNCLOS teach us, it is that the weak, if their cause is just, should have no fear of the mighty. It is that, through the work of the United Nations, the rule of law in international relations has a chance to prevail. It is that, through the rule of law, we can demonstrate that right is might.

De Vega, 2012.

Resumo

Esta dissertação tem o objetivo de aprofundar a discussão sobre o conceito de *rule of law*, especificamente estudando sua aplicabilidade às relações internacionais, buscando comprovar a hipótese de que *rule of law* também constitui uma forma de regência nas relações internacionais. Utiliza a aplicação do conceito à análise das restrições de liberdade de navegação nos oceanos para chegar ao objetivo geral e comprovar a hipótese. Para tal, discute-se, primeiramente, o significado de *rule of law*, diferenciando-o do Estado de Direito e traçando sua evolução. Em seguida, a dissertação estuda sua aplicabilidade nas relações internacionais. No terceiro capítulo, aplica-se o conceito à análise do direito aplicável à liberdade de navegação e suas restrições, como a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar e outras normas aplicáveis, a saber, instrumentos sobre direitos humanos. Logo, são analisadas políticas de Estados nas Nações Unidas e, por último, estuda-se a jurisprudência do Tribunal Internacional para o Direito do Mar. Conclui-se que *rule of law* tem aplicação à disciplina de Relações Internacionais, mas a hipótese não se comprova por falta de transversalidade de direitos humanos nas políticas e jurisprudência sobre restrições à liberdade de navegação, embora seja um ideal desejado e norteador.

Palavras-chave: *rule of law*; liberdade de navegação; direito do mar; direitos humanos.

Abstract

This dissertation has the objective of provoking an in depth discussion on the concept of the rule of law, specifically studying its applicability to international relations, as well as seeking to prove the hypothesis that rule of law constitutes a form of rule in international relations. The concept is applied to the analysis of restrictions to freedom of navigation in the oceans in order to address the main objective and hypothesis. The concept of rule of law is firstly discussed, differentiating it from the *Rechtsstaat* and tracing its evolution. Thereafter, the dissertation approaches its applicability to international relations. In the third chapter, the concept is applied to the international law related to freedom of navigation and restrictions thereto, such as the UN Convention on the Law of the Sea and other applicable norms, such as human rights instruments. State policies in the United Nations are, then, assessed, as well as case law from the International Tribunal for the Law of the Sea. The dissertation concludes that rule of law is applicable to International Relations as a discipline, although the hypothesis is not proven given the lack of human rights mainstreaming in the policies and case law on restrictions to freedom of navigation, despite being a desired and beaconing ideal.

Keywords: rule of law; freedom of navigation; law of the sea; human rights.

Tabelas e gráficos

Tabela 1 – Zonas marítimas e correntes sobre navegação.....	46
Tabela 2 – Seleção de instrumentos não vinculantes da ONU	60
Tabela 3 – Países com extensão irregular do mar territorial (2001).....	65
Tabela 4 – Casos do ITLOS analisados.....	79
Tabela 5 – Atividades em curso no momento da interdição de embarcações	84
Gráfico 1 – Incidência de violência ou ameaça em ataques piratas (1997-2014)	62
Gráfico 2 – Número de ataques piratas (1997-2014)	67
Gráfico 3 – Número de ataques piratas por zona marítima	68

SUMÁRIO

Resumo	iii
Abstract	iv
Tabelas e gráficos	v
1 Introdução.....	1
1.1 Hipótese e objetivos	5
2 O conceito de <i>rule of law</i> em Relações Internacionais	8
2.1 Sobre <i>rule of law</i>	9
2.1.1 Evolução do termo	9
2.1.2 Ausência de conceitos: requisitos e objetivos de <i>rule of law</i>	11
2.1.3 A diferença entre <i>rule of law</i> e o Estado de Direito	16
2.2 Regência e anarquia nas relações internacionais	18
2.2.1 O debate sobre anarquia nas Relações Internacionais	18
2.2.2 Regência (<i>rule</i>) nas relações internacionais.....	21
2.2.3 Mecanismos de regência nas relações internacionais.....	24
2.3 <i>Rule of law</i> nas relações internacionais.....	26
2.3.1 O ideal de <i>rule of law</i> aplicado às relações internacionais	28
2.3.2 Conceito de <i>rule of law</i> nas relações internacionais.....	33
2.3.3 Críticas à aplicação de <i>rule of law</i> em relações internacionais	36
3 Restrições à liberdade de navegação nos oceanos: <i>rule of law</i>, direito internacional e políticas de Estados na ONU	39
3.1 Introdução: <i>rule of law</i> e razoabilidade.....	39
3.2 Liberdade de navegação e <i>rule of law</i>	43
3.2.1 A liberdade de navegação na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar	43
3.2.2 Restrições à liberdade de navegação	46
3.3 Direitos humanos em situações de restrição à liberdade de navegação	54
3.3.1 Normas vinculantes: Pacto sobre Direitos Civis e Políticos.....	55
3.3.2 Normas não vinculantes do direito internacional	59
3.4 Políticas de Estados sobre liberdade de navegação na Organização das Nações Unidas.....	63
3.4.1 Relatórios do Secretário-Geral das Nações Unidas	64
3.4.2 Processo Aberto de Consultas Oficiosas	69
3.4.3 Debates na Assembleia Geral das Nações Unidas.....	71
3.4.4 Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas	77
4 <i>Rule of law</i> e liberdade de navegação no tribunal internacional para o direito do mar.....	79
4.1 Características gerais dos casos	80
4.1.1 Das partes envolvidas	80
4.1.2 Sobre as zonas marítimas	82
4.1.3 Atividades relacionadas às detenções.....	84
4.1.4 Outras características	86
4.2 <i>Rule of law</i> : uma visão fracionada do direito internacional?	86

4.2.1	Base para as reclamações	87
4.2.2	Normas além da Convenção de 1982	91
4.2.3	Direitos humanos e liberdade de navegação nos casos do Tribunal.....	96
4.3	Consequências para <i>rule of law</i>	103
4.3.1	Previsibilidade e ordem	103
4.3.2	Restrições ao poder arbitrário.....	106
4.3.3	Isonomia	110
5	Conclusão.....	114
	Referências	119
	Anexo 1: Lista de documentos consultados da Organização das Nações Unidas	127
	Anexo 2: Lista de documentos consultados da Organização Marítima Internacional ..	129

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação busca aprofundar a discussão sobre *rule of law* em relações internacionais, ao mesmo tempo em que discute de forma ilustrativa a liberdade de navegação no direito do mar nesse contexto. Pretende aplicar o conceito de *rule of law* às relações internacionais, aplicando-o no caso de restrições à liberdade de navegação no âmbito do direito do mar. De forma mais específica, essa dissertação pretende mostrar como o conceito é aplicável às relações internacionais.

Um dos elementos centrais ao estudo das relações internacionais é a presunção de anarquia no sistema internacional (SI). Tendo a disciplina, primeiramente, se concentrado no estudo da guerra e da paz, é corrente a invocação da ausência de ente superior aos Estados como um dos *leitmotivs* das relações internacionais. Assim, pelo menos, se estrutura o pensamento de autores tidos como realistas, (MILNER, 1991; BRÜTSCH; LEHMKUHL, 2007). O apreço pela anarquia internacional, entretanto, tem ofuscado a relevância de abordagens que também podem explicar fenômenos complexos das relações internacionais como, a título de exemplo e objeto da dissertação, a relação entre direito e política internacionais. Especificamente, trata-se da aplicação do conceito de *rule of law* às relações internacionais.

Não existe consenso em torno do conceito de *rule of law*,¹ mas sim dos princípios que permeiam o termo, tido como um ideal, ou utopia, que diz respeito à forma como o poder é restringido, envolvendo também a não-arbitrariedade, previsibilidade de sanções e ações legais, respeito às liberdades, direitos e garantias individuais, entre outros (PALOMBELLA, 2010; ZOLO, 2007; GEMKOW, ZÜRN, 2013). Esses princípios ligam elementos tradicionalmente associados com a política e o direito, elencando questões relacionadas ao poder e à lei.

Pesquisas sobre a inter-relação entre direito e política internacionais abundam na literatura da disciplina. Exemplo é uma edição especial do periódico *International*

¹ De acordo com Palombella (2010), existe uma diferença entre os conceitos de Estado de Direito e *rule of law* que inviabiliza a equivalência de um pelo outro. O Estado de Direito é uma forma de organização do Estado, que faz uso do direito para governar. *Rule of law*, em contrapartida, diz respeito à influência da lei ou do direito em determinada jurisdição. Trata-se de um ideal, e maior ênfase às diferenças é dada na seção 2.1.3. Portanto, para o objetivo da pesquisa, os dois termos não serão utilizados como sinônimos e será mantido o uso em inglês de *rule of law*.

Organization,² ou obras de autores como Anne-Marie Slaughter e Cristian Reus-Smit, que se dedicam ao tema. *Rule of law*, porém, raramente entra nessas discussões. Corell (2001), Waldron (2006) e Donnelly (2006) defendem que *rule of law* é um ideal que pode e deve nortear as relações internacionais, pressuposto que será levado em consideração e discutido na dissertação.

Discutir *rule of law* na disciplina de Relações Internacionais, pressupõe também um diálogo com o tradicional conceito de anarquia internacional e seus críticos, a exemplo de Onuf (1989) e Bull (2002), que permitem uma visão clara da adequação do ideal às relações internacionais e o modo como representa considerações sobre regência e ordem desses autores (vide seção 2.2.2).

Mesmo com evidências de que o termo *rule of law* e seus princípios venham sendo mais presentes nas relações internacionais, a aceitação e recepção, por parte dos atores, desses princípios não tem sido suficientemente explorados (ZÜRN, *et al.*, 2013). Tais fenômenos, reunidos por esses autores sob o conceito de conversão de *rule of law* podem ser melhor investigados pela observância do direito, práticas ou políticas dos atores. A escassez de pesquisas sobre o tema, em particular no Brasil, e pelo fato de o termo não possuir correlato na língua portuguesa, chamam a atenção para a necessidade de estudos na área.

Nessa dissertação, essa questão será ilustrada pela observância do direito à liberdade de navegação, tal como presente na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982 (aqui também referida como “Convenção de 1982”). Em particular, ressaltam-se os indícios apresentados de que a liberdade de navegação, consagrada na Convenção de 1982, vem sendo violada por diversos Estados de formas não previstas na Convenção (THOMAS, 2009; KRASKA, 2011; BECKER, 2005; BECKMAN, DAVENPORT, 2012).

Já no início da década de 1990 se contestava a importância excessiva dada à anarquia internacional como explicação para os fenômenos da disciplina de Relações Internacionais (MILNER, 1991). Tendo tido sua importância, principalmente para autores realistas, o conceito de anarquia internacional precisa ser revisto, como já o foi em outras ocasiões (LAKE, 2010; MILNER, 1991; ONUF, 1989). A revisão se faz necessária porque outros elementos podem fornecer base para análises de temas complexos da disciplina, conforme já foi mencionado, e conforme será aplicado à questão da liberdade de navegação nos oceanos.

Falar de *rule of law* nas relações internacionais não é algo recente. Em 1963, Ronald Yalem publicou um artigo sobre o tema, mas desde então não se deu devida profundidade à

² Volume 54, no. 3, verão de 2000.

questão. Mais recentemente, no ano de 2001, Hans Corell, então Subsecretário-Geral da ONU para questões jurídicas, defendeu a aplicação irrestrita do termo *rule of law* às relações internacionais. O tema também adquiriu importância quando da declaração da Assembleia Geral da ONU (A/RES/67/1) intitulada *Declaration of the high-level meeting of the General Assembly on the rule of law at the national and international levels*, pavimentando, assim, o caminho para uma discussão mais qualificada sobre *rule of law* em âmbito internacional.

A importância da pesquisa também se dá pelo fato de que a própria consideração de *rule of law* como ideal em relações internacionais traz questionamentos significativos sobre a presunção de anarquia no sistema internacional. Essa presunção, como já dizia Onuf (1989) e, mais recentemente, Lake (2010) sempre se manteve intacta quando, na verdade, pode ser posta em questionamento sob a perspectiva desses autores. *Rule of law* estabelece esse contraponto à anarquia, carecendo de investigações, sendo esse estudo restrito ao conceito e sua aplicação nas relações internacionais.

Como mencionado acima, Zürn *et al.* apontam a ausência de estudos específicos sobre a aceitação ou não de princípios de *rule of law* por parte dos atores. Eles caracterizam esse fenômeno como conversão de *rule of law* (tal como mencionado acima), que discute a recepção, adoção, adaptação e resistência a esses princípios. A pesquisa foca nesse fenômeno, exemplificando-o com a questão de liberdade de navegação no mar e restrições não previstas na Convenção sobre o Direito do Mar, de forma a testar o conceito de *rule of law*.

Nas relações internacionais, a questão de restrições à liberdade de navegação é representativa para o estudo do conceito de *rule of law* por cinco motivos. Primeiramente, destaca-se a diversidade de atores envolvidos na questão. O direito do mar dá primazia, essencialmente, ao Estado enquanto ator e parte relevante, bem como às empresas. No entanto, também cabe considerar o indivíduo, uma vez que não se encontra entre os bens protegidos pela Convenção de 1982, mas é parte relevante de casos dessa matéria (tal como será abordado no Capítulo 4. Isso é evidenciado pela questão do Mar do Sul da China, bem como nos casos em disputa no Tribunal Internacional para o Direito do Mar (ITLOS).

Em segundo lugar, cabe salientar a forma como restrições à liberdade de navegação confluem várias vertentes do direito internacional. O fenômeno não envolve somente o direito do mar, mas também direito internacional dos direitos humanos, uma vez que frequentemente indivíduos são presos nos atos e têm direitos fundamentais infringidos (vide Capítulo 4). Portanto, normas juridicamente vinculantes (como a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – ICCPR, por sua sigla em inglês) são complementadas por outras não-vinculantes, como as Regras Mínimas para o Tratamento

de Prisioneiros (E/3048; E/5988) ou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (A/RES/3/217 A). Constitui-se, assim, um conjunto representativo de normas vinculantes e não-vinculantes de distintas esferas do direito internacional.

No preâmbulo de *Mare Liberum*, Grotius (1609) dialoga com alguns princípios que são comumente associados a *rule of law*, tais como distribuição e usufruto de patrimônio comum da humanidade. Também presentes no preâmbulo da Convenção de 1982, do ICCPR e das normas referidas no parágrafo anterior, esses princípios mostram como o conceito de *rule of law* está refletido, em particular, nessas normas internacionais. Assim, o terceiro motivo para a escolha do tema de liberdade de navegação é a forma como os princípios associados a *rule of law* se refletem nos instrumentos jurídicos sobre o tema.

Como já destacado anteriormente, o termo conversão de *rule of law* será utilizado para abordar a forma como os atores (Estados, indivíduos, empresas) assimilam os princípios do conceito aqui discutido. A situação estudada de restrições à liberdade de navegação expõe o modo como os atores aceitam, questionam e implementam normas vinculantes e não vinculantes vigentes no direito internacional, tornando-se, assim, relevante para o Estudo. A conformidade ou não com o direito vigente, por parte dos atores, fornecerá uma ferramenta avaliativa do conceito de *rule of law*.

Por último, destaca-se o fato de haver um mecanismo judicial de solução de controvérsias: o Tribunal Internacional para o Direito do Mar. Como a existência de mecanismos de solução de controvérsias é fundamental para a condição de *rule of law*, o Tribunal é um dos cinco motivos que reforçam o uso do exemplo de liberdade de navegação. A dissertação também mostrará como o Tribunal contribui para a manutenção de *rule of law* nas relações internacionais, dentro de sua especialidade. Como será abordado no segundo capítulo, mecanismos de solução pacífica de controvérsias são fundamentais para convergência na direção de *rule of law* como ideal. A Convenção da ONU sobre o Direito do Mar prevê várias formas de solução de controvérsias, mas somente o ITLOS foi concebido para atuar naquela temática específica. Também abordado no próximo capítulo é o direito internacional na definição de *rule of law*, que deve ser abrangente e não excludente. Ou seja, tratar de um tema sobre direito do mar não deveria impedir que, quando necessário, fosse considerado sobre a ótica de outras normas aplicáveis do direito internacional – desde o direito dos tratados até direitos humanos. Sendo assim, optou-se por averiguar o período em que o ITLOS esteve ativo, desde o início de suas atividades em 1997, até o ano de 2014. Nesse período não foram observadas questões de liberdade de navegação discutidas em outro

foro, como mostra a seção 3.4.1.³ Além disso, o importante é ver como se dá aplicação e consolidação do direito internacional nesse foro específico, ainda mais pelo fato de que o artigo 293 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar permite a aplicação de outras normas de forma complementar.

Estando a interpretação de normas no centro da discussão dessa dissertação, optou-se, também, por utilizar, em determinados momentos, citações da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar na língua espanhola, e de outros instrumentos na língua inglesa. Essa opção foi tomada pelo fato de que as traduções oficiais para a língua portuguesa não ilustram de forma fidedigna certos debates que se dão em torno de certos termos – como *reasonable* na língua inglesa ou *razonable* em espanhol, tendo sido traduzido como “inidôneo” na tradução oficial brasileira.⁴

De acordo com Gemkov e Zürn (2013), o ideal de *rule of law* permite a legitimação da autoridade internacional, remetendo, assim, à regência e ordem de Onuf e Bull. Sendo incipientes, conforme mencionado acima, os estudos sobre o fenômeno de conversão de *rule of law* e a forma como Estados lidam com a expansão desse ideal, a pesquisa aqui proposta busca agregar a esse conhecimento. O estudo específico das restrições à liberdade de navegação se dá com base na consideração na forma como restrições à liberdade de navegação refletem princípios contrários ao ideal de *rule of law* e seu potencial de dirimir a regência e ordem internacionais – que, baseadas em *rule of law*, permitem a distribuição de benefícios, controle do poder arbitrário e discricionariedade de atores e usufruto de patrimônio comum da humanidade. Assim, essa combinação será utilizada para a investigação sobre a aplicação do conceito de *rule of law* às relações internacionais.

1.1 Hipótese e objetivos

Além de abordar a aplicabilidade do conceito de *rule of law* às relações internacionais, se busca investigar a hipótese de que *rule of law* constitui uma forma de regência nas relações internacionais. Isso significa dizer, segundo a acepção de Onuf (1989), que há um efetivo exercício de influência do ideal de *rule of law* nas relações internacionais. Trata-se de uma situação ideal, tal como será demonstrado no próximo capítulo, mas a

³ Os relatórios do Secretário-Geral das Nações Unidas não informaram sobre outros foros utilizados para a questão específica aqui estudado, sendo o meio utilizado para que Estados tomem conhecimento de procedimentos arbitrais, julgamentos ou outros contenciosos.

⁴ No Capítulo 3, seção 3.1, e no Capítulo 4, foram abordadas questões que estão relacionadas ao uso do termo “razoável”.

afirmação da hipótese é de que há uma convergência dos atores para que as relações internacionais se pautem na direção desse ideal.

Da forma como exposta na afirmação, considera-se que os atores das relações internacionais agem em prol desse ideal, ou nele pautado. Pretende-se demonstrar isso por meio de três objetivos específicos, a saber:

- i. Estudar o conceito de *rule of law* e sua aplicação às relações internacionais.
- ii. Comparar o direito internacional, práticas e discussões de Estados sobre restrições à liberdade de navegação nos oceanos.
- iii. Estudar a jurisprudência sobre liberdade de navegação do Tribunal Internacional para o Direito do Mar e sua contribuição para o princípio de *rule of law*.

No segundo capítulo, será estudado o que se entende por *rule of law*, a diferença entre esse conceito e o Estado de Direito – mais comum em países com tradição do *civil law* – e, também, como se relaciona às ideias de Onuf e Bull nas relações internacionais. Por último, apresentar-se-á um conceito e também serão discutidas as críticas mais frequentes à aplicação de *rule of law* nas relações internacionais.

Entrando na questão da aplicação de *rule of law* às relações internacionais, o terceiro capítulo aborda a questão das restrições à liberdade de navegação de forma ampla, de acordo com uma concepção de direito internacional e *rule of law* feitas no segundo capítulo. Isso também ocorrerá por uma apreciação inicial dos princípios da razoabilidade, e restrições de direitos nas relações internacionais, com ênfase na questão analisada. Logo, proceder-se-á à análise do direito internacional sobre restrições à liberdade de navegação e como o direito internacional dos direitos humanos – elemento transversal ao conceito de *rule of law* do segundo capítulo – se encaixa nesses casos. Em seguida, faz-se uma consideração sobre a forma como o tema foi abordado nas Nações Unidas. Isso se dá pela análise documental de fontes primárias,⁵ particularmente os Relatórios do Secretário-Geral sobre Oceanos e Direito do Mar, os Relatórios do Processo Aberto de Consultas Oficiosas, transcrições de reuniões da Assembleia Geral da ONU (AGNU) e suas respectivas resoluções. Esse ciclo permite analisar desde o ponto de vista dos relatórios do Secretário-Geral, que fazem uma revisão da implementação da Convenção, até a forma como o Processo Aberto e os debates na AGNU influenciam as resoluções desse órgão.

⁵ Os documentos analisados estão relacionados no Anexo I.

Por último, essa dissertação revisa a jurisprudência do Tribunal Internacional para o Direito do Mar. Essa revisão se dá pela incorporação e leitura de casos que tenham relação com liberdade de navegação sob a ótica do conceito de *rule of law* apresentado no segundo capítulo. Com uma revisão geral dos casos e das questões contenciosas, o quarto capítulo analisa o emprego do direito internacional e a forma como a jurisprudência do Tribunal têm influência sobre *rule of law*, ou seja, como as decisões permitem realizar conclusões sobre a influência de *rule of law* nas relações internacionais a partir dos casos analisados – relacionados no Capítulo 4.

Por meio desses objetivos específicos, portanto pretende-se abordar *rule of law* como forma de regência nas relações internacionais. Também se pretende aferir sua aplicabilidade enquanto lente analítica para outros temas da disciplina de Relações Internacionais, por meio do estudo das restrições à liberdade de navegação.

2 O CONCEITO DE *RULE OF LAW* EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS

The question is then, if the principle of rule of law can be applied at the international level, or more specifically, in international relations. My answer is an unequivocal yes!

Hans Corell, 2001.

Este capítulo pretende abordar a relação entre *rule of law* e relações internacionais. Sendo aquele um termo que raramente entra em debate no âmbito da disciplina de Relações Internacionais, o objetivo é mostrar sua aplicabilidade, seus conceitos ou acepções, além da forma como elenca dois elementos centrais – direito e política internacionais. Assim, será constituída uma base que permitirá pensar dinâmicas de *rule of law* nas relações internacionais para, nos capítulos posteriores, relacionar os princípios desse ideal com o caso ilustrativo de liberdades de navegação e a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar.

Pensar *rule of law* nas relações internacionais remete às importantes discussões sobre a conexão entre direito e política, comumente tidas como antagônicas ou ignoradas por alguns internacionalistas – principalmente os realistas tradicionais, ou aqueles que prezam pela análise do poder. Mais importante, *rule of law* tem a capacidade de agrupar discussões sobre os mais diversos temas das relações internacionais, como ordem, poder e as relações entre atores. Adota-se, aqui, para tal, uma perspectiva das relações internacionais condizente com formulações de Hedley Bull e Nicholas Onuf. Por esse motivo, falar em *rule of law* nada mais é do que um resgate de discussões da disciplina de Relações Internacionais. Essas perspectivas tradicionais das relações internacionais são combinadas a esse conceito que raramente se vê presente em Relações Internacionais enquanto disciplina.

Primeiramente, será traçado uma visão geral do conceito de *rule of law*, ou a falta dele, já que na disciplina de Relações Internacionais existem concepções equivocadas a seu respeito (exemplo: Rajković, 2010). Logo, proceder-se-á a uma reflexão sobre anarquia e regência nas relações internacionais, sendo o primeiro tido como principal obstáculo para se pensar em coibição da autoridade ou arbitrariedade em âmbito internacional. Por último, discute-se a aplicabilidade do ideal de *rule of law* às relações internacionais, como evolução da discussão das duas seções que a precedem, convergindo em conceito aplicável à presente dissertação.

2.1 Sobre *rule of law*

O conceito de *rule of law* é amplamente utilizado na língua inglesa. Sua aplicação no português, contudo, merece cuidados que raramente são tidos, principalmente pelo fato de que se confunde ostensivamente com o conceito de Estado de Direito – ou a tradição continental europeia do *Rechtsstaat*. Ambos conceitos são relacionados, mas têm significados diferentes. Aqui será traçado um histórico da evolução desse conceito, bem como feita a diferenciação entre *rule of law* e Estado de Direito.

Uma ressalva, entretanto, deve ser feita quanto à conceituação de *rule of law*. A literatura diverge amplamente no que tange à definição concreta do termo, com a maioria dos autores se abstendo de defini-lo. Em geral, trata-se de *rule of law* por meio de conceitos e princípios afins, não se procedendo a uma definição exaustiva ou abrangente e que seja amplamente aceita.

Devido à errônea equivalência comumente traçada entre *rule of law* e Estado de Direito, faz-se necessário diferenciar os dois termos. Em português, *rule of law* deveria ter uma tradução própria, a fim de expressar seu sentido tal como será descrito abaixo. Para tal, seria necessário ater-se, em primeiro lugar, à palavra *law*: lei, ou direito. Em segundo lugar, *rule* pode ser melhor relacionado em português pensando na raiz latina *regula*, correspondente do verbo *regere*. Esse verbo, em português, é “reger”, cujo substantivo é “regência”. Regência, por sua vez, invoca autoridade, exercício de governo ou de influência, pensando, também, em uma amplitude condizente com o discurso de Onuf (1989) sobre o termo em inglês *rule*. “Regência do direito” ou “regência da lei” (menos apropriado) deveria ser o termo corretamente utilizado, principalmente se é considerado o que se segue nesta seção. Em função do usual Estado de Direito em português, manteve-se a distinção. Já com relação ao uso do equivalente de *rule of law* em português, dada a ausência de termo amplamente aceito, optou-se por recorrer ao original da língua inglesa.

2.1.1 *Evolução do termo*

Rule of law está diretamente vinculado à tradição do *common law* inglês. Sua evolução acompanhou desenvolvimentos relacionados ao direito e à política. A *Magna Carta* de 1215 é um dos primeiros marcos no âmbito da evolução do conceito de *rule of law* (BINGHAM, 2005; KRYGIER, 2013; PALOMBELLA, 2010). Esse documento impôs restrições ao rei e evocava princípios como o bem comum, o que reforça o marco rumo ao conceito aqui estudado. Esse ponto também é significativo considerando o raciocínio de

Krygier (2011b) e Cristi (1984), segundo os quais o poder arbitrário é a principal antítese de *rule of law*.

A partir do século XVII, com Locke, se iniciavam preocupações mais substantivas com o cerceamento da arbitrariedade e exercício indiscriminado do poder. Exemplo é a descrição desse filósofo, em seu *Segundo Tratado* (1764), acerca dos princípios que deveriam estar ligados à regência (*rule*) – leis promulgadas e amplamente difundidas (*apud* CRISTI, 1984). Incrementou-se, assim, a importância do papel do parlamento enquanto instituição legislativa e o poder do rei passava a ser restringido, havendo primazia dos princípios legais, regras, leis e jurisprudência (ZOLO, 2007; KRYGIER, 2013).

Referente ao problema desta dissertação, Grotius, já no século XVII, também manifestava repúdio à arbitrariedade (GROTIUS, 1609). De fato, baseia seu argumento em uma concepção comunitária dos oceanos que se opõe à arbitrariedade e à posse. Essa discussão, contudo, prossegue no terceiro capítulo dessa dissertação.

A consolidação dessas ideias têm consequências importantes para as relações internacionais. Primeiramente, esses ideais se propagaram, chegando às colônias britânicas e influenciando documentos como a constituição dos Estados Unidos da América (EUA) e a *Bill of Rights*. Já no continente europeu, a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* também reflete essa corrente. Outro fator relevante é o surgimento de ideais semelhantes na Europa continental, principalmente o uso do direito, como ferramenta, pelo Estado (ZOLO, 2007). O Estado de Direito, tal como ficou conhecido, é baseado em ideias semelhantes às que evoluíam na Inglaterra, e será especificamente abordado na seção 1.3.

Rule of law teve seu primeiro uso em 1867, de acordo com Zolo (2007). Albert Venn Dicey (1915), jurista britânico, credita a concepção do termo a um de seus colegas de profissão, William Hearn, quem manifestou a necessidade de constranger indivíduos, reis ou déspotas por meio das leis. No contexto inglês, diferentemente da Europa continental, *rule of law* surgiu como uma expressão que almejava objetivos que serão discutidos em detalhe na próxima seção. Dois deles já foram apresentados: o exercício indiscriminado do poder e o constrangimento por meio da lei (sendo constrangimento, nesse sentido, entendido como um limite ou impedimento). Outros incluem garantias de direitos, por exemplo.

A própria questão de direitos ilustra uma forma de governo cuja natureza se opõe a *rule of law*: regimes totalitários da Europa no contexto da II Guerra Mundial. Hannah Arendt (1973) possui um profundo estudo do totalitarismo, por meio do qual se obtém uma ilustração do que *não* seria condizente com *rule of law*. Com foco na Alemanha nazista, um artigo de Cristi (1984) fornece uma imagem mais centrada no contexto legal do nazismo e do debate

entre Carl Schmitt e Friedrich Hayek. O primeiro era o principal artífice de um direito que justificava o nazismo, favorável à primazia das decisões do soberano. Hayek, por outro lado, era favorável à primazia do direito em detrimento da arbitrariedade ou como limitante da mesma. Mesmo que não tenha se referido especificamente a *rule of law*, Cristi argumenta que o trabalho de Hayek contribuiu para a sistematização de elementos-chave ligados a *rule of law*, tais como ordem.

O ponto de encontro entre os mundos jurídico/legalista e político, *rule of law* evoluiu primordialmente como limitação ao exercício indiscriminado do poder por parte do regente ou governante. Pela narrativa desta seção, ressalta-se a crescente preocupação da humanidade com a concentração de poder *vis à vis* a arbitrariedade de déspotas europeus. Os demais valores associados ao conceito serão discutidos a seguir.

2.1.2 Ausência de conceitos: requisitos e objetivos de rule of law

Existem divergências sobre o conceito de *rule of law*, principalmente confundindo-o com o Estado de Direito. Certos elementos em comum, porém, são relacionados à expressão. Nesta seção, o objetivo é apresentar as principais abordagens ao conceito de *rule of law*, bem como discutir as principais ideias a ele associadas. Uma consideração da literatura permite dividi-las em requisitos e objetivos, uma vez que se refere a determinadas características necessárias para se atingir diferentes situações desejáveis.

Neste sentido, deve-se ressaltar, primeiramente, que *rule of law* se refere a uma situação ideal. Palombella (2010, p. 3) o trata da seguinte forma: “*rule of law means respect for a legally desirable situation*”. Evidencia, assim, a característica utópica do termo. Entende-se, também, que se trata de um ideal que se deve tentar atingir.

Um número considerável de autores tem escrito sobre *rule of law* e seus componentes. Nenhum dos autores fornece um conceito preciso da expressão, preferindo discorrer sobre os objetivos de *rule of law* e requisitos necessários para atingi-los. Não houve critério específico para essa seleção e outros autores também foram usados de forma mais pontual ao longo da pesquisa. Alguns desses autores são mais favoráveis a concepções mínimas de *rule of law* (ex. Peerenboom, 2004), tal como será abordado, enquanto outros são mais favoráveis a elementos moralmente aceitáveis (BINGHAM, 2011).

Existem duas abordagens principais para *rule of law* (KRYGIER, 2011b; 2013; PEERENBOOM, 2004; PALOMBELLA, 2010; MERKEL, 2012). Essas abordagens são

discutidas antes dos elementos comumente associados à expressão. Isso se deve ao fato de que as duas principais abordagens aglomeram componentes distintos.

A abordagem mínima ou formal de *rule of law* reúne o menor número possível de componentes, na mais estrita necessidade. Isso significa que conceitos mínimos de *rule of law* não favorecem o envolvimento de uma variedade de objetivos desejáveis. Frequentemente, os únicos requisitos para uma noção mínima de *rule of law* incluem tão somente a existência de direito positivo e seu cumprimento.

Reduzir *rule of law* ao mínimo também significa presumir que a expressão não possui qualquer conotação ou peso moral. De acordo com Bingham (2011), essas acepções permitem sua aplicação a sociedades não democráticas. Caso esse conceito prevaleça, é possível dizer que sociedades não democráticas o promovem, uma vez que os requisitos básicos estão presentes. Isso também explica o porquê de autores como Peerenboom (2004) preferirem essa abordagem ao fazer comparações entre países, pois permite trabalhar com contextos heterogêneos e, por exemplo, Estados não democráticos.

Questões éticas e morais estão no cerne de uma concepção substancial ou completa de *rule of law*. Nesse caso, o direito positivo e cumprimento da lei não são suficientes se os objetivos e benefícios desejados não proporcionam bem algum aos indivíduos daquela sociedade. As finalidades de *rule of law* desempenham papel importante: limitam o exercício arbitrário do poder e maximizam benefícios, assim como já foi enunciado.

Conforme o mencionado acima, os elementos de *rule of law* podem ser divididos em requisitos e objetivos. O requisito a que os autores mais comumente se referem é a existência do direito. Todos os autores são claros ao afirmar que o direito *positivo* é essencial para promover *rule of law*. Esses autores também ressaltam que as leis devem possuir certas características – basicamente as propostas por Fuller (1964) e resgatadas por Krygier (2013). Essas características se referem a leis que são “*publicly available, prospective, understandable, consistent, possible to perform, sufficiently stable for citizens to orient their actions by them, and administered in ways congruent with their terms*” (KRYGIER, 2013, p. 8). Existem variações quanto à redação precisa dessas características da legislação, mas todas remetem aos oito princípios de Fuller. Indissociável do direito positivo está a capacidade de cumprimento da lei, i.e., um poder executivo. Estes podem variar quanto ao caráter democrático ou não democrático bem como outros valores (monarquias, repúblicas). No entanto, é importante que a lei seja cumprida, o que tem impactos sobre previsibilidade na ação social.

A segunda condição, já relacionada a uma concepção substancial de *rule of law*, enfatiza a necessidade de um poder legislativo democrático, eleito pelo povo. De fato, é uma das principais diferenciações entre *rule of law* mínimo e completo. A definição utilizada pela ONU (S/2004/616) para *rule of law* faz referência à democracia por meio do requisito de participação pública no processo decisório, o que seria ainda mais amplo. Zolo (2007), em contrapartida, descreve esse requisito como primazia do legislativo, o que não é suficiente para assegurar uma versão completa de *rule of law*, a não ser que seja democraticamente eleito. Esse é um complemento ao direito positivo: não só deve este ser, de fato, positivo, como também promulgado por um legislativo democrático. Levando em conta que, em teoria, cidadãos elegem seus representantes e que, por sua vez, produtos dos parlamentares são um reflexo de desejos de seus eleitores, a democracia e direito democraticamente constituído tem um impacto direto sobre como pessoas respeitam e aderem à lei.

Deve-se considerar, também, a existência de tribunais para julgar essas leis. Tribunais também devem ser isentos⁶ e independentes. Autores não apresentam essa ideia de forma homogênea. Enquanto Bingham (2011) faz simples referência a mecanismos de resolução de controvérsias, a ONU (S/2004/616) acrescenta o adjetivo “pacífico” – ou seja, resolução pacífica de controvérsias. Outros autores (KRYGIER, 2013; MERKEL, 2012; TAMANAHA, 2004) mantêm a ligação entre independência e judiciário, enquanto Zolo (2007) faz uso do adjetivo “autônomo”. Se, por um lado a existência de um judiciário independente é consensual entre as fontes consultadas, o acesso à justiça não o é, embora deva estar vinculado. Bingham (2011) e Cançado Trindade (2013) são exceções, uma vez que dão ênfase à garantia do acesso à justiça por parte de cidadãos.

A existência de judiciários independentes e legislativos democraticamente eleitos criam uma das principais bases de *rule of law: accountability*.⁷ De difícil tradução para vários idiomas, outro termo que pode ser utilizado em seu lugar é transparência (tal como faz Morlino, 2010). Belton (2005, p. 26) utiliza o termo “controle da corrupção”; Marcell (2009, p. 3) cita “*checks and balances*”. Apesar das diferenças, todos vão na mesma direção. Inicialmente, o legislativo e judiciário podem ser concebidos como guardiões do *accountability* do poder executivo. Deve-se considerar, ainda, que parlamentos e cortes também devem ser transparentes com suas ações. *Accountability*, portanto, deve ser considerado como uma salvaguarda não só do poder que exerce governo, como também de

⁶ Na língua inglesa existe uma diferença entre *justice* e *fairness*. Geralmente se refere aos tribunais como *fair*, adjetivo que denomina isenção de viés.

⁷ Devido às dificuldades de tradução do termo para o português, optou-se por utilizar o termo em língua inglesa.

todas as instituições e atores que implementam o próprio mecanismo de *accountability*. Funciona, assim, como um mecanismo de mão dupla. A versão mínima de *rule of law* não contempla esse elemento.

Introduzindo, agora, os objetivos ou situações desejáveis por meio de *rule of law*, está a previsibilidade jurídica. Todos os atores devem ser capazes de prever as consequências de seus atos (WALDRON, 2011; KRYGIER, 2013; PALOMBELLA, 2010). Não só isso, como qualquer transgressão deve ser enfrentada com as devidas e esperadas consequências. “Segurança jurídica” é o termo utilizado pela ONU (S/2004/616) para descrever essa situação. Zolo (2007) se refere à previsibilidade, e Belton (2005) trata da justiça como sendo previsível e eficiente. Em regimes não democráticos e democráticos, deve-se esperar uma previsibilidade jurídica, sendo esse o motivo pelo qual figura, frequentemente, como fruto de *rule of law*. Além da previsibilidade de consequências legais de seus atos, indivíduos não devem se sujeitar a surpresas, mesmo que de origem legislativa, e a lei não deve violar os direitos fundamentais (FEREJOHN; PASQUINO, 2003), que aqui também serão discutidos.

Sobre transgressões e consequências da quebra da lei, o direito internacional e o direito do mar preveem consequências para violações de direitos de liberdade de navegação, por exemplo. Em nível do indivíduo, há o entendimento de que as restrições legítimas à navegação, que serão tratadas em detalhe no segundo capítulo, devem respeitar o direito internacional dos direitos humanos e todas as normas que protegem os indivíduos (GUILFOYLE, 2009). O problema apresentado nessa dissertação lida diretamente com as questões de previsibilidade e consequências. Ao tratar de atos específicos para os quais há responsabilização (a restrição da liberdade de navegação), esse binômio (previsibilidade-consequências) entra em jogo. A preocupação é, justamente, o impacto de se ignorar essas consequências.

A previsibilidade jurídica, por outro lado, remete a outro resultado de *rule of law*: ordem. Pode-se fazer referência à ordem no sentido criminal (prevenção de ocorrências delituosas), tal como descrito por Belton (2005) como também em um sentido político ou social (MERKEL, 2013; TAMANAHA, 2004). De acordo com Hayek (1998), existem dois tipos de ordem: espontânea, i.e., endógena; e imposta, ou exógena. Aqui, também é possível considera-las no contexto dos dois tipos de *rule of law*. A prevalência de ordem imposta é, tal como tem sido abordada, mais característica de regimes não democráticos, geralmente muito dependentes do executivo para garanti-la.

Indo além de *rule of law* em sua vertente formalista, outro conjunto de finalidades surgem. Conforme o descrito já na seção 1.1, a restrição ao poder arbitrário é o mais

importante objetivo. Isso se deve, principalmente, ao fato de que, historicamente, foi o principal vetor da evolução de *rule of law* e ideias correlatas. Palombella (2010) também menciona duas outras formas de tratar do mesmo termo: equilíbrio e não-dominação. Estas duas são mais próximas à forma como Merkel (2012) descreve um controle generalizado do exercício arbitrário do poder. Bingham (2011) cita o cerceamento da arbitrariedade, enquanto Tamanaha (2004) invoca a restrição jurídica imposta a governos – que seria mais um requisito, uma vez que trata da existência de um mecanismo e não situação esperada ao final, sendo essa a restrição ao abuso de poder.

O foco, agora, se reverte para diversos atores nas sociedades, com a discussão apontando outro resultado desejável de *rule of law*: isonomia. Esse termo se refere à igualdade em diferente sentidos. Primeiramente, e nesse caso há concordância entre os autores consultados, se refere à igualdade perante a lei. Em segundo lugar, não menos importante, considera-se a igualdade de direitos sociais, políticos ou econômicos. Merkel (2012) vai além, nessa discussão, ao relacionar equidade social e justiça no mais amplo sentido de *rule of law*, que seria uma aplicação socialdemocrata do termo. Nem todos os autores vão nessa direção. Nas palavras de Zolo, “*individuals’ equality before the law implies the rejection of both the granting of personal privileges and the arbitrary or excessively discretionary use of executive power*” (2007, p. 8). Consequentemente, isonomia, embora geralmente concebida como igualdade perante a lei, também deve ter um sentido amplo em termos sociais e políticos.

O exercício pleno de direitos humanos é o último objetivo almejado de *rule of law*. Levando em consideração que a noção mínima de *rule of law* não incluía aspectos de respeito aos direitos humanos, todos os autores consultados na defendem que deve ser um tema central nas concepções substanciais de *rule of law*. O cerceamento da arbitrariedade, previsibilidade jurídica e isonomia, por exemplo, também são consequências desejáveis de *rule of law*. Qualquer perspectiva moderna sobre o assunto, porém, ressaltará que essas consequências – e o próprio objetivo de *rule of law* – devem garantir que a humanidade possa gozar dos direitos e garantias reconhecidamente concedidos. Sobre essa questão, Bingham afirma que “*any state which savagely represses or persecutes sections of its people cannot ... be regarded as observing the rule of law, even if such practices are ‘the subject of detailed laws duly enacted and scrupulously observed’*” (2001, p. 167). Não se pode, finalmente, dissociar direitos humanos de *rule of law*.

Finalmente, considerando os requerimentos e objetivos discutidos nessa seção, percebe-se que *rule of law*, tal como já foi afirmado, se refere a uma situação ideal. Não é possível encontrar países em que exista pleno domínio de *rule of law*, em que instituições são

100% transparentes e direitos humanos plenamente respeitados, garantidos e usufruídos, por exemplo. É, tal como afirma Palombella (2010), um ideal sobre as instituições. Esse autor sempre enfatiza o caráter utópico do termo. Não só *rule of law* é um ideal, como também cada um de seus requisitos e finalidades desejadas. Mesmo não existindo, deve ser buscado.

2.1.3 A diferença entre *rule of law* e o Estado de Direito

Uma análise profunda do termo *rule of law* deve, ainda mais em um país como o Brasil, traçar a diferença entre aquele e o Estado de Direito. A diferenciação entre os dois termos é necessária, em primeiro lugar, para corrigir concepções e traduções errôneas, considerando a falta equivalência entre um e outro (como já mencionado anteriormente). Por outro lado, essa diferenciação é um dos pontos a favor de se pensar em *rule of law* nas relações internacionais. O objetivo não é atestar sobre a supremacia ou adequação moral de um em detrimento do outro, principalmente porque surgiram em contextos distintos com objetivos e ideais semelhantes. *Rule of law*, entretanto, é tratado, aqui, como tendo uma aplicação mais condizente com as relações internacionais. Essa escolha jaz sobre uma explicação do porquê o Estado de Direito tem limitações à consideração, *mutatis mutandis*, em relações internacionais.

O Estado de Direito faz parte integral de ideais de sistemas latino-americanos, europeus e de tradição jurídica do *civil law*. Se *rule of law* está associado à tradição do *common law* inglês, o Estado de Direito está associado ao *civil law* continental europeu. Um exemplo primordial da tradição do *civil law* é o *Rechtsstaat*, tradução direta e equivalente do Estado de Direito, em português, *Statto di diritto* em italiano ou o *État de droit* francês ou até o *правовое государство* russo (PALOMBELLA, 2010; KRYGIER, 2013; MALEY, 2011). De fato, o Estado de Direito, tal como concebido na tradição continental europeia (alemã, em particular), precede *rule of law* em termos do primeiro uso contemporâneo, tendo aquele termo sido utilizado primeiro por volta de 1848, nas discussões sobre constitucionalismo na Prússia, enquanto *rule of law* aparece na década de 1860 (ZOLO, 2007; COSTA, 2007).

Embora ambos termos partam de pressuposto comum (garantia de liberdades individuais e civis e o cerceamento do abuso de poder) (COSTA, 2007), são diferentes pelo fato de que o Estado de Direito se preocupa com uma forma particular do Estado (KRYGIER, 2011a; PALOMBELLA, 2010). Estado de Direito possui, em sua gênese, a antítese do Estado de polícia (ZOLO, 2007; COSTA, 2007). Liberdades e garantias individuais deveriam ser vistos, portanto, como o foco da ação do Estado. O Estado surgiu como um novo fenômeno,

com o monopólio da força, de acordo com uma concepção weberiana, e segundo a concepção de Estado de Direito, atuava como a fonte do direito, editando regras e normas. Assim, como uma forma do Estado, o Estado de Direito funcionava *por meio do* direito e das leis, ao contrário Estado de Polícia ou o *Machtstaat* (Estado do poder), caracterizados pela arbitrariedade e repressão da dissidência (KRYGIER, 2013; PALOMBELLA, 2010). Isso explica a afirmação de Peerenboom (2004) de que o Estado de Direito é *rule by law*, ou seja, o Estado fazendo uso do direito para governar.

O Estado de Direito teve suas bases em marcos estabelecidos concomitantemente ao *rule of law* do *common law*. Ambos estão relacionados a princípios como cerceamento do poder arbitrário e previsibilidade jurídica. Montesquieu e Kant podem ser listados como exemplos de filósofos com ideias influentes e que tiveram impacto na concepção das duas noções (COSTA, 2007; PALOMBELLA, 2010).

De acordo com Troper (2003), existiram duas concepções iniciais do Estado de Direito, referindo-se a um “*state that is submitted to the law, sometimes to a state whose (sic) organs act according to laws made by other organs*” (p. 97). O Estado de Direito, portanto, estabelece uma relação entre o Estado e as leis, ou o direito. Rechaça a primazia do direito sobre o Estado, enquanto *rule of law* dá primazia à jurisprudência, ao papel das cortes e ao direito natural (GOZZI, 2007; KRYGIER, 2013). O anterior diz respeito a uma forma de governo dentro do Estado, que faz uso do direito. Para Troper (2003), a diferença reside, também, no fato de que, o Estado de Direito, ao relacionar instituições e separação de poderes,⁸ há espaço para a primazia da autoridade política, i.e., o poder executivo e discricionariedade daqueles que podem promulgar as leis.

Para Palombella (2010), *rule of law* pressupõe um direito autônomo, acima de qualquer Estado. Há, portanto, *rule of law* sem o Estado. No caso do Estado de Direito, a tradição dita que cabe ao próprio Estado se limitar, por meio da criação de leis (*Selbstbeschränkung*) (KRYGIER, 2013). O Estado de Direito também gera uma preocupação com *quem* exerce o poder, sendo seu foco o governo e sua estrutura dentro do Estado; não há um foco tão claro em coibir o absolutismo. *Rule of law*, por outro lado, carrega questões sobre a moralidade do exercício de poder. Segundo Palombella, “*the parallel becomes even more instructive: while the Rechtsstaat ... defeated the ultimate absolute power of the King, because it was the King’s, the rule of law defeated it because it was absolute*” (2010, p. 16-17).

⁸ Ver, também, PALOMBELLA, 2010.

Pode-se, portanto, relacionar as diferenças entre o Estado de Direito e *rule of law* às suas tradições (*civil law* europeu e alemão e *common law* inglês), bem como às filosofias jurídicas por trás de ambos (direito positivo e direito natural). Ambas correntes dizem respeito ao exercício do poder, embora *rule of law* atribua papel essencial ao direito e não a seu uso pelo governo, preferindo buscar uma situação ideal ao invés de uma forma de exercício do poder. Além disso, como o Estado de Direito dá primazia ao Estado, uma forma de exercer o poder, *rule of law* se torna mais suscetível ao estabelecimento de paralelos na disciplina de Relações Internacionais, uma vez que se estuda um ambiente que não pode ser comparado a um Estado por sua natureza constituinte, mas também pela problemática do poder e sua limitação. Falar de *rule by law*, ainda, inevitavelmente requer uma resposta à pergunta: quem governa? *Rule of law* já traz uma resposta pela primazia do direito. A próxima seção se dedica às questões de ausência de Estado em âmbito internacional, ao mesmo tempo em que aborda dinâmicas de regência (*rule*) em nível internacional.

2.2 Regência e anarquia nas relações internacionais

2.2.1 O debate sobre anarquia nas Relações Internacionais

O conceito de anarquia internacional foi uma das pedras fundamentais do estudo das Relações Internacionais enquanto área de conhecimento. Um dos primeiros elementos de estudo da disciplina, é frequentemente invocada por autores realistas para descrever as relações internacionais. Diz respeito não só à ausência de governo supranacional, como também às características do sistema internacional, tais como disputas por poder, conflitos recorrentes e o estado de natureza (MILNER, 1991; BRÜTSCH; LEHMKUHL, 2007).

Os principais autores realistas estruturam seu pensamento de modo a ligar todos os elementos citados no parágrafo anterior. Em primeiro lugar, o conceito de anarquia diz respeito, *a priori*, à mera condição de inexistência de instância superior ao Estado, principalmente uma instância que possua autoridade supranacional (HURD, 2008). Logo, como decorrência de tal premissa, presume-se que Estados sintam a necessidade de uso da força para assegurar sua sobrevivência (MILNER, 1991; WALTZ, 1979). O próprio Waltz afirma que “[a]mong men as among states, anarchy, or the absence of government, is associated with the occurrence of violence” (1979, p. 102). Outra consequência é o fato de que, estritamente pensando, o poder passa a ser o único objetivo de Estados, principalmente

por ser definidos como capacidade de assegurar os recursos necessários a sua sobrevivência (HURD, 2008; REUS-SMIT, 2004; MILNER, 1991; RAFFO et. al., 2007).

Esforços recentes de revisionismo histórico do Primeiro Grande Debate de Relações Internacionais fornecem importantes fatores que contribuíram para sua estruturação em torno da anarquia. Wilson (1998) afirma que nunca houve um Primeiro Grande Debate e que, após a publicação da obra de Carr, muitos conceitos e discussões importantes sobre as relações internacionais foram abandonados. Concordando com Wilson, Schmidt (2002) contribui para essa afirmação; vai além e exemplifica esses conceitos ou discussões. Incluem, por exemplo, visões pluralistas de como grupos atuam nas relações internacionais – grupos esses que possuem distintas formações (Estados, sindicatos, outros tipos de organização). Para Schmidt, isso daria conotação diferente à noção de anarquia caótica. Defende que esses grupos atuavam no sistema internacional por meio de uma sociedade independente. Nos anos 1970, Bull (discutido mais abaixo) trabalhou o conceito de sociedade anárquica.

Apesar de esforços revisionistas como os de Wilson, Schmidt e Ashworth (2002), a contestação da anarquia e debates sobre regência (*rule*) em Relações Internacionais ocorreram de forma dispersa. *Rule of law*, conseqüentemente, é um conceito que teve uma dedicação limitada de internacionalistas, salvo poucas circunstâncias nos anos 1960 (BISHOP, 1961; YALEM, 1963).

Rosenau (1991) exemplifica esforços de repensar a primazia da anarquia nas relações internacionais. De acordo com esse autor, deve-se considerar a anarquia como possuindo um significado neutro: não é bom, nem mau. Aliada à consideração de Onuf (1989) de que a incidência e prevalência de anarquia não são a mesma coisa, pode-se perceber como os autores que a ela se ativeram deixaram vácuos nas Relações Internacionais. Esses vácuos foram tratados por alguns autores já mencionados aqui, embora com pouco espaço na disciplina. Tamanha é a ênfase outorgada ao estudo do poder e política internacionais que outras questões como justiça e direito internacionais, atores não-estatais (indivíduos, corporações ou organizações não-governamentais – ONGs) foram ignorados (HURD, 2008; RAFFO et al., 2007).

A forma como a disciplina se desenvolveu é relevante para o debate sobre *rule of law*. Isso se deve, primeiramente, à ausência de estruturas de regência ou autoridade nas relações internacionais, que possibilita o questionamento da existência de mecanismos que apontam para esse ideal. Logo, há a prevalência do poder e uso da força como principais objetos de estudo e análise. Isso é prejudicial para o estudo do ideal de *rule of law* nas relações internacionais ao constringer discussões sobre agendas mais diretamente ligadas à

concepção de justiça, estruturas de regência, autoridade ou governança (RAFFO et. al., 2007; ROSENAU, 1991; ZACHER, 1991). Também se faz referência ao argumento de Onuf (1989) de que as Relações Internacionais constituem a única disciplina aonde o objeto de estudo era, primordialmente, a anarquia:

Liberal thought is not, and never was, a simple statement of the social implications of possessive individualism, notwithstanding occasional, sometimes brilliant efforts to make it so... International Relations constitutes the only substantial exception to this generalization. Instead, International Relations is dominated by the presumption of anarchy. (ONUF, 1989, p. 165-166)

O primeiro autor que deu salto significativo na reavaliação da dominante anarquia foi Hedley Bull, mostrando como não é um tema recente. Isso foi feito ao limitar o conceito de anarquia a um vazio de poder acima dos Estados. Inovou cunhando o termo *sociedade anárquica*, e com o debate sobre a existência de uma sociedade internacional e as implicações desse termo (princípios comuns, por exemplo). Aqui, trata-se desse autor como um dos precursores para o conceito de *rule of law* em relações internacionais dentre os clássicos da disciplina, com base em suas reflexões sobre ordem, sociedade, justiça e direito internacionais.

The Anarchical Society traz duas contribuições aqui destacadas: ordem e sociedade internacional. Por ordem internacional, Bull se refere a um padrão de atividade que sustenta os objetivos primários ou elementares da sociedade internacional. Uma sociedade de Estados existe quando “*a group of states, conscious of certain common interests and common values, form a society in the sense that they conceive themselves to be bound by a common set of rules in their relations with one another, and share in the working of institutions*” (BULL, 2002, p. 13).

Para Bull, apesar de não existir um governo central, claramente há uma forma de convivência ordenada entre Estados, que formam uma sociedade. Portanto, pode-se considerar a existência de uma sociedade anárquica no sistema internacional. A ordem, por sua vez, é mantida por meio da existência de interesses comuns, regras e instituições. A palavra *regra* foi utilizada duas vezes neste e no parágrafo anterior – e não por acaso. Portanto, para os propósitos dessa dissertação, Bull se destaca como estabelecendo um marco do papel de regras em assegurar a ordem internacional.

Existe, segundo Bull, relação próxima entre ordem e justiça internacionais. A ordem, contudo, é um objetivo que precede outros (como a justiça) na política mundial. Discorrendo sobre o balanço de poder, Bull o define como um estado no qual nenhuma potência está em

posição de preponderância sobre as outras e pode ditar as leis. Há, também, uma relação próxima entre o balanço de poder e a ordem internacionais. O direito internacional é outro elemento que Hedley Bull liga à ordem no sistema internacional. Há relação entre a efetividade do direito internacional e balanço de poder entre as potências, segundo o autor.

Esses elementos que dialogam, embora não propositalmente, tanto com os realistas clássicos de relações internacionais (pensando em Morgenthau, Aron ou Waltz), como com os que discorrem sobre os princípios de *rule of law* e, também, autores como Onuf, que trata mais de regras e regência. Bull está de acordo com o conceito de anarquia. Entretanto, ao entrar na seara da *sociedade*, e falando de seu conceito, toca na questão central do trabalho de Onuf (regras) e também, ao longo do livro, faz referência direta a alguns dos princípios associados ao ideal de *rule of law*: impedimento ao acúmulo de poder, ordem, prevalência do direito e justiça internacionais. Mesmo aquiescendo à anarquia, ao tratar de *sociedade* anárquica, questiona o grau em que o adjetivo interfere no substantivo. Portanto, Bull deu passo adiante para que se possa discorrer sobre a existência de *rule of law* em relações internacionais: a redução do debate sobre anarquia e poder, abrindo espaço para questionamentos sobre anarquia e novas formas de se estruturar o sistema internacional.

Questionamentos sobre anarquia internacional são considerados, aqui, um marco na direção do conceito de *rule of law* nas relações internacionais. Regras e regência serão tratados a seguir, como contribuições adicionais.

2.2.2 Regência (rule) nas relações internacionais

Com o objetivo de atestar como as estruturas das relações internacionais permitem pensar em *rule of law*, faz-se necessário pensar, primeiramente, sobre o primeiro elemento do termo – *rule*, ou regência. Como auxílio desse esforço, recorre-se, em primeira instância, ao autor que profundamente estudou as relações entre regras e regência nas ciências sociais e relações internacionais: Nicholas Onuf.

Em *World of our making*, o autor traça um recorrido sobre a organização da sociedade em torno de regras. Define três tipos básicos de regras, decorrentes de três tipos de atos de fala, que se desdobram em tríades analíticas das relações sociais. Um de seus primeiros pontos é a organização de todas as sociedades em torno de regras: “*Certainly political society in general is never free ... from rules*” (ONUF, 1989, p. 174). Discorrendo sobre os interesses da humanidade (indivíduos ao nível macro), Onuf (1989, p. 261) afirma

que “*rules govern the construction of situations within which choices are made intelligible*”, de onde se depreende a centralidade de regras na vida social.

Nesse sentido, Onuf defende que arranjos sociais não necessitam de soberania ou outras características formais do Estado, ou de um alto nível de centralização na capacidade de imposição (*enforcement*) para se qualificarem como sociedades políticas. Assim, “*international relations have always constituted a political society, by which I mean any social arrangement limiting conduct and distributing privilege*” (ONUF, 1989, p. 167). O autor conclui, na mesma seção em que trava essa discussão, que a *incidência* de anarquia é diferente da *condição* de anarquia, sendo esta última a ausência de regência. Ausência de regência seria algo nas linhas do que Waltz usa para descrever o sistema internacional: um estado caótico.

Não menos importante, o autor relaciona três princípios básicos da convivência em sociedade, aqui apresentados seguindo a ordem dos tipos de regência desse parágrafo: manter promessas (*pacta sunt servanda*), não causar dano e não mentir. São três princípios que regem a vida social. Violando-os, surgem regras para disciplinar as quebras, mas essas regras prescrevem punições ou reparações: aconselham quanto às consequências das quebras.

Onuf aborda o termo regência de forma sutil ao longo de sua obra para, no capítulo *World Politics*, conceituá-lo como “*the effective exercise of influence*” (p. 238). O exemplo dado por último no parágrafo anterior evidencia essa dinâmica da regência de regras, uma vez que essas mesmas regras previnem que atores as quebrem e, no caso de contravenções, a prescrição existe para tratar da situação.

Esse autor evita falar de autoridade nas relações internacionais, principalmente pelo fato de que esse termo naturalmente remete à pergunta: autoridade *de quem*? Não há resposta no caso da incidência de anarquia. Por esse motivo, o autor prefere usar o termo regência. Onuf o contrasta com o uso obcecado de anarquia em Relações Internacionais, constituindo uma dicotomia antagônica: anarquia-autoridade. Remetendo ao significado de autoridade, principalmente no que tange às relações internacionais, é possível obter algumas definições e discussões. Hurd (2008), assim como Onuf, lembra que falar de anarquia sempre pressupõe a existência de seu oposto no outro espectro: autoridade. Afirma, ainda, que o debate sobre anarquia sempre pressupõe um contraste implícito com autoridade. Essa última palavra possui, para Hurd, três consequências: a existência de uma relação subordinativa; sendo esta reconhecida e legítima.

To sum up, international political authority is a social relation where a hierarchical relation in the international sphere is recognized as legitimate. This may occur in a

variety of ways, including between two states, between a set of states and an international rule, or between an institution and states. An example of the first is the social relation when Great Powers are accepted by other states as legitimate leaders (Hurd 2007b). The second might exist in the relation between states and some rules of international law, for instance, the deference of states to the norm that behavior should conform to international rules. The last might exist between a formal international organization such as the Security Council... (HURD, 2008, p. 26)

Lake (2010) também traça uma relação direta com autoridade. Segundo esse autor, autoridade política é a regência de direito ou legítima. Questiona a corrente interpretação das relações internacionais como anárquica com essa acepção.

Percebe-se, até aqui, que a concepção tradicional de organização da disciplina em torno da anarquia não é livre de crítica nas Relações Internacionais. Formas alternativas para representar as relações internacionais têm sido discutidas desde seu início, conforme já foi dito.

Onuf se distancia do uso da palavra autoridade, por uma investigação minuciosa de sua concepção weberiana, de onde o uso na política decorre. Em vez disso, prefere o uso da expressão regência (*rule*), mais fiel às noções de sociedade política baseadas em direito, ao contrário de autoridade, que faz jus a uma relação de subordinação – assim como evidencia o exemplo aqui colocado de Hurd. Logo, o termo regência é mais abrangente por invocar relações de direito e, de acordo com o universo concebido por Onuf, o exercício da influência. Distancia-se, dessa forma, da relação autoridade-anarquia (ONUF, 1989).

Lake (2010) vai a encontro dessa acepção, ao defender que existem cinco comportamentos inconsistentes com a concepção de anarquia. Entre elas, destacam-se duas: regras vinculantes, e “*compliance from duty or obligation*” (p. 588); e autoridades que se autolimitam em termos de poder para preservar sua legitimidade. Para Lake, contudo, a autoridade tem uma conotação que se distancia de regência, tal como utilizada por Onuf: “*political authority is never a dyadic trait between a governor and a single subject, but rather derives from a collective that confers rights upon the governor*” (p. 592). Não existe uma cessão de direitos ou transferência destes para um ente superior no sistema internacional.

Como, então, se estrutura a regência nas relações internacionais, indo além dos questionamentos sobre anarquia? Onuf responde essa questão com três modelos de regência. Todos esses modelos se aplicam de maneira distinta nas relações internacionais. Em primeiro lugar, o autor define heteronomia como uma das categorias de regência, segundo a qual há relações de troca entre iguais aparentes, baseadas em um tipo de regra (comprometimento):

asymmetrical consequences of commissively defined relations, combined with the illusion of interdependence for all parties to these relations, produce the conditions

of rule in which rulers simply cannot be identified by discovering the authors of rules. The ruled join the rulers as authors and audience; rules *rule* their joint proceedings. This is heteronomy's paradigmatically distinctive feature. (ONUF, 1989, p. 217, grifo meu)

Nas relações internacionais, segundo Onuf, existe, assim, uma heteronomia que, por sua vez, se relaciona a diferentes elementos de *rule of law* tal como sendo construídos nessa dissertação. Os autores de relações internacionais aqui citados frequentemente mencionam elementos que também foram invocados na discussão sobre *rule of law*: princípios comuns, regras, distribuição de benefícios ou equilíbrio, entre outros. A próxima seção, agregando a essa discussão, trata de diferentes mecanismos de regência nas relações internacionais.

2.2.3 *Mecanismos de regência nas relações internacionais*

Partindo do pressuposto de que toda sociedade se baseia em regras (ONUF, 1989) e que, como consequência, existem estruturas de regência nas relações internacionais, resta abordar mecanismos decorrentes da regência. Esses mecanismos possuem formas distintas. Além de irem de encontro à tradicional acepção anárquica das relações internacionais, mostram como mecanismos de regência podem existir no meio. São eles: institucionalização e legalização, regimes e governança, que estão relacionados entre si.

A definição de legalização, tal como aqui invocada, é aquela descrita por Goldstein, et al. (2001). Trata-se de uma forma de institucionalização, segundo a qual há a decisão, em diferentes áreas, de impor restrições aos governos. Contém três elementos: o grau em que regras são obrigatórias, sua precisão e a delegação de sua interpretação, monitoramento e implementação para terceiro. Instituições, por sua vez, são regras, normas e processos decisórios perdurantes e que moldam expectativas, interesses e comportamentos dos atores.

A legalização reflete, de acordo com os mesmos autores, uma tendência das relações internacionais, uma vez que Estados percebem suas vantagens. Lake (2010) é um dos exemplos dessa corrente, afirmando que a institucionalização decorre de interesses em um contrato social particular. Onuf (2013) também trata dessa tendência como natural:

- 1 Agents have power, powers produce rules and rules enhance powers.
- 2 Agents use powers, rules and skills to produce goods.
- 3 Related rules, skills and goods constitute a field of objects, which an agent observer could describe as practice.
- 4 Patterns of practice constitute social structure.
- 5 Observing such patterns ... turns structures into institutions by giving them normative content...
- 6 Institutions are ensembles of rules that impose practical limits on agents and the exercise of their powers. (ONUF, 2013, p. 136)

Embora a definição de Onuf para instituições seja distinta, se relaciona com o conceito de legalização e instituições de Goldstein et al. (2001). Percebe-se, então, o recurso à legalização, i.e., codificação do direito como uma das tendências das relações internacionais. Com isso, tornam-se as regras claras, acessíveis a todos e orientam a previsibilidade das ações de atores, i.e., criando expectativas quanto a seu seguimento.

Outro mecanismo de regência são regimes internacionais, definidos como

sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations. Principles are beliefs of fact, causation, and rectitude. Norms are standards of behavior defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or proscriptions for action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice (KRASNER, 1982, p. 186).

A definição de Krasner se tornou padrão na literatura de Relações Internacionais. A grande maioria dos autores aqui referenciados faz uso dessa definição – incluindo Onuf. Esse último autor (1989) elabora ainda mais o conceito de regimes, definindo três tipos (e, não, categorias) relacionados às três regras e atos de fala básicos: monitoramento, executivos e administrativos.

Observa-se que distintos regimes podem ser constituídos por regras de diferentes categorias, gerando tipos diferentes (ONUF, 1989). Também é possível que alguns regimes sejam tão complexos que possuam diferentes tipologias dentro de si. O mais complexo regime codificado até hoje nas relações internacionais – a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar – é um exemplo (FIORATI, 1999).

Por último, e mais amplo, destaca-se o conceito de governança, tal como utilizado por Rosenau (1991, p. 4):

Governance is thus a system of rule that is as dependent on intersubjective meanings as on formally sanctioned constitutions and charters. Put more emphatically, governance is a system of rule that works only if it is accepted by the majority (or, at least, by the most powerful of those it affects), whereas governments can function even in the face of widespread opposition to their policies.

Assim como Onuf e Lake, Rosenau é crítico da anarquia nas relações internacionais. Governança sem governo, homônimo da obra organizada em conjunto com Czempiel, se refere, então, a essas estruturas de regência que operam na ausência de um governo mundial. A definição de Lake (2010) é mais fechada, no sentido de que evoca o exercício de autoridade *strictu sensu*, trazendo, para a equação, relações de hierarquia e supranacionalismo que Rosenau não aborda. Em conformidade com a abordagem de Onuf, o conceito aberto de Rosenau é mais adequado.

O conceito de governança, portanto, se refere às estruturas de regência. Está ligado a regimes, embora deles se diferencie. Enquanto regimes estão relacionados a esferas específicas, a governança global se refere à estrutura de regência em lacunas não preenchidas por regimes e também englobando as que são objeto de regimes específicos.

Percebe-se, portanto, que existem diferentes iniciativas, no meio acadêmico de Relações Internacionais, que se dedicam ao estudo de distintos mecanismos de regência. Aqui, optou-se por fazer uso dessa denominação para esses fenômenos pelo entendimento de que remetem, de uma forma ou outra, à definição de Onuf para regência (p. 22).

Nessa seção, foram estabelecidas as bases para, somada à primeira, pensar em *rule of law* nas relações internacionais. Pensando no Estado de Direito (*Rechtsstaat*) e em *rule of law*, é possível, também, explicar a melhor adequação do segundo termo. Considerando que não se está estudando uma forma específica de organização do Estado, é mais adequado pensar no termo que, embora não seja conceitualmente fechado, traz consequências para uma sociedade política e de direito. Isso se deve, principalmente ao fato de que sociedades são, na visão de Onuf e, também a adotada aqui, constituídas por regras – regras estas que moldam o comportamento dos atores. É possível, portanto, afirmar que existem estruturas de regência nas relações internacionais, e a próxima seção abordará *rule of law* como uma delas.

2.3 *Rule of law* nas relações internacionais

Até o momento, aqui foram apresentados dois argumentos. No primeiro deles, mais conceitual, o termo *rule of law* foi discutido como um ideal, para o qual vários princípios apontam (não arbitrariedade, respeito aos direitos e garantias individuais, *accountability*, previsibilidade e transparência, por exemplo). Em contraste, na segunda seção foi questionada a obstinação de internacionalistas pela anarquia internacional, propondo visões alternativas sobre estruturas de regência nas relações internacionais. Esse último elemento é importante para poder pensar em *rule of law* nas relações internacionais. Isso ocorre porque, ao contrário do que pensam alguns críticos (como Raijković, 2010), não há um vácuo de estrutura supranacional nas relações internacionais. As estruturas de regimes, instituições, legalização e regência em geral permitem que se trave uma discussão sobre o termo. Isso também foi, aqui, evidenciado, pelos termos destacados em negrito, que demonstram uma regularidade de elementos que ligam os dois conceitos – estruturas de regência e *rule of law*. O ideal só não é

mencionado pela maioria dos internacionalistas, apesar de os elementos serem comuns às estruturas de regência e *rule of law*.

Não é, contudo, algo novo. Já em 1963, em um artigo para o periódico *Background*, Ronald Yalem considerou a possibilidade de convergência para “*World rule of law*” (YALEM, 1963). Yalem foi, ainda, precedido por Bishop (1961). Os limites impostos pelo contexto internacional, entretanto, fizeram os autores duvidassem de sua factibilidade, impondo questionamentos que foram, por exemplo, respondidos somente *a posteriori* por Bull, no que tange à existência de valores comuns e convivência em sociedade que permita cogitar *rule of law*.

De acordo com Palombella (2009), existem diferentes graus de convergência para o ideal de *rule of law*, que pode ser percebido de diferentes formas e com maior primazia de um ou outro de seus princípios. Entretanto, seu significado normativo é imutável, o que permite sua aplicação aos mais diversos contextos – inclusive o internacional. Esse ideal, afirma o autor, se estende para além das fronteiras, e o faz por meio da adoção de padrões, relações com instituições e, *mutatis mutandis*, com base nos princípios que o regem. Palombella (2009) também deixa claro que a existência de *rule of law* como ideal dentro das fronteiras de um Estado também pressupõe uma expectativa, nos cidadãos, de que Estados se comportem de forma análoga no sistema internacional, visando manter sua legitimidade – i.e., dentro do Estado existem tais princípios, portanto o exemplo deve ser seguido em qualquer esfera.

Já em 2001, o Subsecretário-Geral da ONU, Hans Corell, afirmou que o ideal poderia, sim, ser aplicado às relações internacionais. Desde 2006, a Assembleia Geral da ONU (AGNU) instituiu *rule of law* como item de sua agenda.⁹ Uma das cláusulas do preâmbulo da resolução resume, em essência, a importância de se trabalhar o tema:

Reaffirming further the need for universal adherence to and implementation of the rule of law at both the national and international levels and its solemn commitment to an international order based on the rule of law and international law, which together with the principles of justice, is essential for peaceful coexistence and cooperation among States... (A/RES/61/39)

É importante ressaltar que, tratando-se de resolução aprovada pela AGNU, algumas conclusões podem ser tiradas. A primeira delas consagra a aplicação do termo nas relações internacionais. Também remete ao fato de que os Estados reconhecem *rule of law* como ideal aplicável às relações internacionais, atestando sua importância e disposição dos membros da

⁹ Vide A/RES/61/39. A ONU utiliza, nas línguas latinas, o termo Estado de Direito como equivalente de *rule of law*. Como já foi mencionado há uma diferença conceitual entre ambas expressões. Optou-se por manter o uso da expressão em inglês devido a essa diferença e ao fato de que, na língua portuguesa (assim como o espanhol, alemão ou francês) não há equivalente consagrado para o termo.

organização de trabalhar em seu benefício. Esta seção se dedica a explorar essa aplicação dos elementos de *rule of law* às relações internacionais, para depois propor uma definição operacional a ser utilizada na dissertação.

2.3.1 O ideal de rule of law aplicado às relações internacionais

Aqui, serão discutidos os elementos de *rule of law* adaptados ao âmbito internacional. Também serão abordados *mutatis mutandis*, com base na divisão entre requisitos e objetivos.

Cabe ressaltar, com relação ao primeiro requisito, que o direito positivo não possui o mesmo papel nas relações internacionais. Isso, contudo, não deve ser utilizado para inviabilizar sua aplicação à disciplina em questão. A primeira consideração que se deve fazer concerne as diferentes fontes do direito internacional. Brownlie (2003), por exemplo cita as diferentes fontes e a forma como contribuem para formar um *corpus* de normas para as relações internacionais. Dadas as diferenças entre o direito doméstico e o internacional, não é possível considerar apenas o direito codificado. A construção do direito internacional se mostra distinta ao se valer do costume, jurisprudência e o direito natural, que desempenha papel importante nesse âmbito (CANÇADO TRINDADE, 2013). Tratados codificados, entretanto, também são importantes. Em alguns casos, tratados são elaborados o suficiente para prescrever sanções, tais como o Estatuto de Roma ou partes específicas da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar (1982). Essa última, por outro lado, reflete a maioria dos casos, nos quais se prescrevem condutas ou instruções para Estados, atores estatais ou não-estatais como corporações ou indivíduos.

Diferentemente do que ocorre dentro de fronteiras dos Estados, não há um poder executivo global nas relações internacionais. Estados desempenham função dupla, de duplos funcionários, tal como descrito por Onuf (*double functionaries*). São sujeitos de regras, as elaboram e executam. Estruturas de regência, do mesmo modo que foram tratadas na seção 2.2.3, desempenham uma função que pode ser pensada no lugar do executivo, embora funcionando de maneira difusa.

Com relação ao legislativo, existe um processo semelhante ao tradicional, doméstico nas relações internacionais. Uma das formas desse processo se inicia na Comissão de Direito Internacional, que consiste em um grupo de especialistas com o objetivo de fornecer subsídios que, por consequência, podem ser utilizadas pelos Estados Membros da ONU para deliberar sobre propostas de codificação. Também é possível que um Estado proponha um rascunho

inicial, tal como o fez a Polônia no caso da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, como acontece na maioria dos casos.¹⁰ O processo democrático funciona, portanto, de forma indireta nas relações internacionais. Percebe-se que os responsáveis pelo direito internacional ainda são os Estados. Teoricamente, cidadãos elegem seus representantes do executivo ou parlamentares que formam um executivo. Eleitores, portanto, deveriam exercer pressão sobre seus representantes, que controlariam o executivo (diplomatas) negociando tratados ou realizando pronunciamentos na Assembleia Geral da ONU. O mesmo se aplica a outros organismos internacionais, como a Organização dos Estados Americanos, ou a União Europeia – com o diferencial de que, nesta última, eleitores diretamente elegem os Membros do Parlamento Europeu. O mesmo princípio se aplicaria à sociedade civil ou outros grupos de interesse que frequentemente influenciam parlamentares. Alguns governos não são democraticamente eleitos, e também há instâncias em que tratados são negociados de forma sigilosa. Mecanismos, contudo, existem para garantir que o direito internacional obedeça os princípios de Fuller e seja democrático.

Na medida em que o executivo e legislativo existem de forma distinta nas relações internacionais, o mesmo ocorre com as cortes. Mecanismos de resolução de controvérsias têm sido considerados importantes por autores que falam de *rule of law* em nível internacional, tais como Cançado Trindade (2013), Donnelly (2006), Krygier (2013), Palombella (2009) e Waldron (2006). Existem numerosos mecanismos de resolução de controvérsias no sistema internacional, desde a Corte Permanente de Arbitragem e mecanismos da Organização Mundial do Comércio – OMC, até tribunais especializados com caráter judicial (Corte Internacional de Justiça, Tribunal Internacional para o Direito do Mar, por exemplo). A isso se soma o fato de que essas instâncias, de acordo com Tams (2005) desempenham significativo papel no desenvolvimento do direito internacional e jurisprudência correlata. Isso se dá por meio da interpretação do direito, principalmente o direito consuetudinário e natural, bem como interpretação do direito codificado à luz das outras fontes, o que compensa as instâncias não-positivista do direito internacional. Helfer e Slaughter (2005, p. 57) contribuem com mais um argumento sobre a criação de tribunais internacionais: “*The conditions under which international tribunals are more or less effective, and the range of choices open to national decision makers in creating or reforming such tribunals, lie at the heart of global governance.*” Ao proporcionar espaço de resolução de disputas, bem como

¹⁰ A atuação da CDI é limitada a alguns temas do direito internacional.

contribuindo para o desenvolvimento do direito internacional, o sistema correspondente ao judiciário nas relações internacionais é central para a promoção de *rule of law* nesse contexto.

Accountability tem uma aplicação mais desafiadora nas relações internacionais. Tal como mencionado anteriormente, na página 28, algumas regras estabelecem mecanismos de *accountability*. Crimes de guerra, por exemplo, constituem um exemplo onde constam consequências para violações. A Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, em seu artigo 110, também estabelece consequências para interrupção injustificada da liberdade de navegação. Estados podem levar reclamações não somente aos tribunais internacionais, como também a foros de discussão, que funcionam de forma mais horizontal e servem para expor problemas perante pares. No caso da ONU, existe um item constante de direito do mar na pauta da Assembleia Geral. *Accountability*, portanto, é assegurado por meio do caráter público das discussões em foros aplicáveis, bem como possibilidades de demandas.

Tratando, agora, dos objetivos de *rule of law* nas relações internacionais, muitos possuem correspondência. O primeiro deles, previsibilidade jurídica, se aplica tanto dentro como fora das fronteiras de Estados. Já tendo sido abordada na seção 2.2.3, existe uma tendência de legalização nas relações internacionais, bem como da codificação do direito internacional. Se, internamente, o direito cria expectativas com relação ao comportamento das pessoas, o mesmo ocorre com os atores sob o direito internacional. Portanto, a legalização traz benefícios por, entre outros motivos, moldar expectativas sobre o comportamento dos atores internacionais e gerar nível mínimo de previsibilidade (GOLDSTEIN et al., 2005). Também é possível pensar em diferentes graus de legalização (ABBOTT; SINDAL, 2001), que podem gerar maior base de manobra para estados, uma vez que constriem mais ou menos o comportamento de Estados e outros atores das relações internacionais. Esse também é o objetivo de instituições internacionais. *Compliance*, no entanto, e o ponto até o qual a legalização existe não são uniformes. Relevante, porém, é o que leva os atores a aderir a essas tendências: expectativas sobre previsibilidade (PALOMBELLA, 2009; WALDRON, 2006).

Cercear o poder arbitrário possui diferentes conotações em Relações Internacionais. Inicialmente, tratar dessa questão significa dizer que não existe abuso do poder por parte de um único ator, assegurando, assim, que aquele ente não adquira a capacidade de ditar as regras no sistema internacional. Abordando o tema de forma distinta, também significa uma restrição ao uso da força (DONNELLY, 2006). Isso não implica ausência de violência ou guerras, principalmente porque existem mecanismos que permitem o uso da força no direito internacional. Coibir o poder arbitrário também significa que nenhum ator pode se impor sobre os demais para obter vantagens – ou seja, uma preferência pelo multilateralismo ou

equilíbrio de poder entre os atores do sistema internacional. Utilizando exemplos de casos concretos das relações internacionais, a bipolaridade e unipolaridade se mostram incompatíveis com *rule of law* pelo simples fato de evidenciarem um acúmulo concentrado de poder, sendo o primeiro passo para o abuso por parte de seu detentor. Citando Lord Acton, “*power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely*” (DALBERG, 1887). Logo, nas relações internacionais, se ressalta a necessidade de coibir a arbitrariedade do exercício do poder. A título de exemplo, e aqui relacionando ao tema da dissertação, a antepenúltima cláusula preambular da Convenção de 1982 faz referência a esses ideais:

Convencidos de que el desarrollo progresivo y la codificación del derecho del mar logrados en esta Convención contribuirán al fortalecimiento de la paz, la seguridad, la cooperación y las relaciones de amistad entre todas las naciones, de conformidad con los principios de la justicia y la igualdad de derechos, y promoverán el progreso económico y social de todos los pueblos del mundo, de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas, enunciados en su Carta,

A igualdade entre os atores do sistema internacional é um dos objetivos que constantemente se encontram em tratados internacionais – notável exemplo é a Carta das Nações Unidas. Quando se considera o significado de isonomia como igualdade perante a lei, existe um passo dado nessa direção quando esse objetivo figura em tratados internacionais. Pelo menos no papel, Estados são reconhecidamente iguais. Em sentido prático, entretanto, essa igualdade está longe de ser atingida, o que não pode ser ignorado. Sendo assim, deve-se conceber isonomia como incluindo diferentes formas de igualdade, tais como econômica e social, entre os atores do sistema internacional (DINGWERTH, 2014).

Não é suficiente, porém, considerar Estados como os únicos atores – motivo pelo qual, sempre que possível, se generaliza para não tratar somente de Estados. Indivíduos, ONGs ou corporações multinacionais também devem ser considerados quando se discute isonomia. Indivíduos e outros atores tem tido mais acesso e direitos nas relações internacionais que o admitido por Estados. Indivíduos, por exemplo, embora não sejam amplamente reconhecidos como sujeitos de direito internacional, têm acesso à justiça em âmbito internacional por meio de tribunais de direitos humanos, por exemplo (CANÇADO TRINDADE, 2013). Esse acesso, contudo, ainda é indireto, e varia de acordo com os mecanismos regionais. No caso de instrumentos de tratados, trata-se de processo moroso e de difícil execução por parte das Nações Unidas. Corporações, por outro lado, têm tido seu acesso ao Tribunal Internacional para o Direito do Mar aceito em circunstâncias específicas (WENDEL, 2007), principalmente por meio do instrumento da proteção diplomática e com anuência dos Estados pavilhão, que somente formalizavam os procedimentos. Esse ainda é

um caminho a se percorrer no conceito amplo de isonomia, embora existam passos dados nessa direção.

Por último, destaca-se o respeito, proteção e usufruto de direitos humanos como o último objetivo de *rule of law* nas relações internacionais. Esses direitos fundamentais são, precisamente, o motivo que evitara com que Estados ajam em detrimento daqueles que são sua *raison d'être*. Espera-se que Estados conduzam suas relações de forma consistente com a condução de questões internas. Se um país não respeita os direitos humanos fora de suas fronteiras, há implicações negativas e uma contradição, uma vez que, pelo menos em âmbito doméstico, direitos humanos devem ser respeitados (BINGHAM, 2011).

No âmbito do direito do mar, e problema abordado nessa dissertação, o indivíduo é passível de violências como, por exemplo, detenções e privação da liberdade injustificados. Essa questão será abordada com maior detalhe no terceiro capítulo, embora seja relevante salientar que direitos individuais, alguns dos quais constituem conjunto de normas *erga omnes*, também devem ser observados no exercício das atividades marítimas por parte de Estados. Não só há disposições que resguardam esses direitos (Art. 106 da Convenção de 1982), como também há uma crescente jurisprudência do Tribunal Internacional para o Direito do Mar a seu respeito.

Direitos humanos também estão por trás de conceitos como *jus cogens* e obrigações *erga omnes* no direito internacional, que dizem respeito aos mais fundamentais direitos que vinculam Estados perante a sociedade internacional (KADELBACH, 2006). Considerar *rule of law* nas relações internacionais, conseqüentemente, remete ao respeito, proteção e usufruto dos direitos humanos como o principal objetivo. É complemento natural da isonomia e também significa que indivíduos possam ser atores das relações internacionais, tal como discorre Dingwerth (2014). Assumindo a perspectiva de Bingham (2011), direitos humanos tem papel fundamental em qualquer consideração sobre *rule of law* nas relações internacionais, ainda, pelo fato de que todos os outros objetivos até aqui listados se nulificam quando são atingidos sem respeito aos direitos humanos (ex.: equilíbrio de poder). Alguns objetivos, tais como isonomia e cerceamento do poder arbitrário, sequer podem ser atingidos sem devidas considerações às garantias básicas do *corpus* de direito internacional dos direitos humanos. Por esse motivo, embora tenha sido elencado por último, essa finalidade é transversal a todas as outras e está no cerne do conceito de *rule of law* nas relações internacionais, que será tratado na próxima seção.

2.3.2 *Conceito de rule of law nas relações internacionais*

Rule of law, nas relações internacionais, é uma situação ideal em que o direito internacional gera previsibilidade e ordem, restrição ao poder arbitrário e isonomia entre os atores no sistema internacional respeitando os direitos humanos. Também descreve uma estrutura de regência nas relações internacionais, de acordo com a hipótese aqui apresentada.

Trata-se de um conceito com muitos componentes, e que merecem ser explorados com maior detalhe para a plena compreensão de suas implicações para o presente estudo. Primeiramente, faz-se necessário abordar o conceito de princípio. Dworkin (1978) define o termo da seguinte forma: “*I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*” (1978, p. 22).

A partir dos elementos abordados na seção anterior, nota-se o grau em que *rule of law* atende ao que Dworkin menciona sobre justiça e moral. Portanto, essa situação ideal almejada também é pertinente ao fato de que reúne elementos para garantir objetivos maiores, também refletindo a estrutura aqui utilizada para abordá-la, ou seja, condiz com a definição utilizada aqui, ligando finalidades desejadas e cuja observação é pretendida. Um padrão, no sentido de um marco, pode ser almejado, mas também serve de guia, principalmente em instâncias relacionadas a ideais – nesse caso de *rule of law* – que não necessariamente encontram respaldo prático ou situações de plena ocorrência na realidade. Considerar *rule of law* como uma situação ideal desejada, nesse sentido, ainda, ressalta o papel que os princípios têm no conceito (objetivos maiores esperados).

O direito internacional deve ser considerado nos sentidos mais amplo e holístico possíveis.¹¹ Considerando que, conforme abordado na seção anterior (2.3.1), a importância do direito positivo aos quais se faz referência em *rule of law* no sentido tradicional não possuem equivalência nas relações internacionais, deve-se ater às peculiaridades desse meio. Portanto, direito natural, noções como *jus cogens*, costumes e direito internacional codificado desempenham papel importante nessa concepção de direito internacional. A referência é mais à existência do direito internacional que a sua legitimidade ou compliance.

Parte-se, então, para as consequências esperadas da ordem jurídica internacional. Essas consequências, entretanto, dependem dos requerimentos detalhados na seção anterior, como legislação ou solução de controvérsias. Falar de *rule of law* nas relações internacionais

¹¹ Cf. discussões da CDI sobre a fragmentação do direito internacional: A/CN.4/L.682/Add.1.

exige que se vá além das tradicionais considerações sobre estruturas domésticas e se considere as peculiaridades do sistema internacional. A primeira das finalidades constantes no conceito se relaciona a expectativas de Estados e outros atores com relação à previsibilidade. De fato, pode-se argumentar, como já o fazia Bishop (1961) que é esse o motivo que leva Estados a produzirem legislação e com ela cumprir (ver também Goldstein et al., 2001, acima citada).

Da mesma forma, o cerceamento do poder arbitrário¹² é um tema com papel importante no conceito. Entende-se que cercear o poder arbitrário significa impedir ações unilaterais de atores das relações internacionais, principalmente quando são contrários aos princípios e normas específicas do direito internacional, entendido tal como acima. Sua função, entretanto, possui ligação com outros elementos como *distribuição* de benefícios. Faz-se referência ao conceito elaborado por Bull (2002, p. 97): “*a state of affairs such that no one power is in a position where it is preponderant and can lay down the law to others*” – sendo essa determinação unilateral da lei o uso arbitrário do poder. Entende-se que *cerceamento* concentra outras considerações sobre a *promoção* da igualdade entre atores (que será abordada no próximo parágrafo). Trata-se, assim, seria uma situação em que nenhum ator pode construir um dos outros tipos de regência aos quais Onuf (1989) faz referência, a saber, hierarquia e hegemonia. Restringir o poder arbitrário também dialoga com diversos atores: Estados, corporações e outras pessoas jurídicas, o indivíduo e, por fim, qualquer ator que possa reunir poder suficiente para determinar as regras do jogo. Assim como a essência de *rule of law*, é uma situação pretendida, embora utópica.

A isonomia constitui um objetivo ambicioso de *rule of law*, tal como já foi abordado anteriormente. Também está relacionado ao equilíbrio de poder e, de forma semelhante, significa a igualdade entre atores. Trata-se de igualdade política e jurídica. Uma forma clara de ilustrar essa igualdade é a Assembleia Geral da ONU, onde Estados Membros possuem direitos iguais de voto, tal como prescrito na Carta da Organização. Partindo para uma consideração mais ampla de igualdade, entretanto, surgem situações onde os desafios são mais claros. O indivíduo, por exemplo, não é amplamente reconhecido como possuindo personalidade jurídica nas relações internacionais. A CIJ não contempla a interpelação de causas por indivíduos. Cortes de direitos humanos, entretanto, permitem que pessoas físicas iniciem demandas contra Estados.

No contexto da presente dissertação, os elementos até então apresentados são importantes pela relação que apresentam com a problemática apresentada. Como será

¹² Nessa dissertação, a expressão será utilizada como sinônimo de restrições ao poder arbitrário.

abordado no capítulo seguinte, o direito do mar possui questões de equilíbrio e distribuição de poder em seu cerne, assim como a intenção de prescrever condutas que gerem previsibilidade para os Estados. Questões sobre isonomia, entretanto, ainda geram questionamentos mais complexos, na medida em que pessoas físicas e jurídicas possuem acesso restrito aos tribunais, mas figuram no centro do problema de restrições à navegação.

Não menos importante que as outras finalidades constam os direitos humanos. Segundo Bingham (2011, p. 117), “*the closeness of the relationship between international protection of human rights and the rule of law has been increasingly recognized.*” Pode-se ressaltar, entre os outros argumentos desse jurista britânico, a ampla aceitação desses direitos humanos e a medida em que se relacionam a padrões domésticos de *rule of law*. Cançado Trindade também tem trabalhado ativamente para propagar essa percepção em sua trajetória. Existe crescente percepção da pessoa humana, “*final addressee of its norms, as subject of law, endowed with juridical capacity*” (2013, p. 27). Waldron (2006) segue essa linha de raciocínio, ao afirmar que o indivíduo é o objetivo último do direito internacional, assim como o é dentro dos Estados. Não é possível, portanto, dissociar a pessoa humana e seus direitos inerentes do conceito de *rule of law* nas relações internacionais, pois o tornaria incompleto.

Abordar direitos humanos, entretanto, não implica uma relação causal, tal como no caso de cerceamento ao poder arbitrário ou a isonomia. Direitos humanos, contudo, tendo sido considerados no gerúndio *respeitando*, no âmbito da definição, implicam uma verificação, ou seja, validação aos outros elementos. Se direitos humanos não são respeitados, particularmente tomando em conta o exposto no parágrafo anterior, não se pode afirmar que *rule of law* está em perspectiva, ou que há direcionamento àquele ideal. Trata-se, portanto, de um ponto de verificação, ou de uma garantia, no âmbito das relações internacionais.

Sendo assim, tratar de restrições à liberdade de navegação necessariamente significa falar das pessoas envolvidas. Desde o primeiro caso julgado no ITLOS (*MV Saiga*) até o mais recente (*Arctic Sunrise*, ainda em consideração) se constatam situações em que direitos tanto de Estados, pessoas jurídicas e indivíduos devem ser ponderados. A importância dos direitos humanos na definição também influenciou na decisão de investigar como – e se – é um fator, além dos demais sobre restrições à navegação, considerado na Assembleia Geral e relatórios do Secretário-Geral das Nações Unidas.

Rule of law, ainda, constitui uma forma de regência nas relações internacionais. Onuf afirma (2014) que esse seria o equivalente de heteronomia, tal como aborda em *World of our making*.

Onuf, entretanto, se abstém de qualquer relação com o mundo real – prefere o abstrato para suas formulações. Aqui, o que se busca é o contrário. Trata-se de *rule of law* em função de considerações concretas, refletidas na definição apresentada ao início dessa seção. Ao tratar *rule of law* como uma forma de regência, tal como defendido por Onuf, é feita referência à definição de regência do autor (página 22 dessa dissertação). *Rule of law* também constitui regência nas relações internacionais pela forma como o direito internacional influencia as finalidades aqui retratadas. Nesse sentido, será utilizado o conceito de Zürn et al. (2013), segundo o qual essa problemática é reunida no termo *conversão* de *rule of law*. De acordo com esses autores (p. 6),

This refers to the dynamic process by which what is being promoted is received, adopted, adapted and resisted... Rather than being passive recipients, legal actors ... actively choose certain elements and reject others, interpret terms consistent with local perceptions and understandings, modify or rework institutions, rules or practices...

Gemkov e Zürn (2013) fazem um estudo sobre a relação entre *rule of law* e imposição de limites à autoridade internacional. Afirmam que *rule of law* é um dos principais meios de legitimação da autoridade política internacional – que, na linha de Onuf, será tratada aqui como estruturas de regência. Esses autores também defendem uma dupla relação entre *rule of law* e instituições internacionais. Por um lado, *rule of law* pode promover a legitimidade de instituições internacionais para compor as estruturas de regência. Por outro, as instituições internacionais são importantes para o fomento da conversão de *rule of law*. Essa ideia será utilizada nessa dissertação, particularmente com o papel da ONU e ITLOS.

Assim, a comprovação da hipótese será feita por meio do contraste entre os elementos da definição e sua apresentação no problema aqui estudado. O estudo das restrições à navegação fornecerá subsídios por meio dos quais se trabalharão os elementos da definição apresentada.

2.3.3 Críticas à aplicação de *rule of law* em relações internacionais

Existem três fontes principais que influenciam críticas à aplicação do conceito de *rule of law* às relações internacionais. Primeiramente, consideram-se as afirmações de que constitui, essencialmente, conceitos ocidentais, limitando sua aplicação a culturas distintas e, conseqüentemente, às relações internacionais. Koskenniemi (2005) aborda críticas a valores ocidentais nas discussões sobre o direito internacional, que se relacionam a uma possível dominação de uma corrente cultural filosófica. Santos (2014) é mais específico sobre a

influência do Ocidente na formação dos valores de *rule of law*. Sendo o domínio do Ocidente um tema sensível, deve-se ter o cuidado de considerar fatos como a adoção, no âmbito da Assembleia Geral da ONU, do tema de *rule of law* (evidenciando sua ampla aceitação). Embora muitos dos elementos de *rule of law* estejam associados à filosofia ocidental, deve-se ter em mente que também é possível pensar em equivalentes em outras culturas (ver Peerenboom, 2004). As críticas de Santos (2014) também podem ser relacionadas à da crítica jurídica sobre *rule of law*, segundo a qual este seria um instrumento de repressão, baseado nessas mesmas ideias ocidentais (BELLIOTTI, 1987).

As outras duas fontes de crítica estão relacionadas. São elas a confusão com o Estado de Direito e a incapacidade de pensar além da condição de anarquia. Rajković (2010) questiona a forma como se pensa *rule of law* nas relações internacionais, evidenciando ambos. Em primeiro lugar, afirma que “*the concept of ‘rule of law’ is often employed with sparse inquiry into the politics of its actual meaning*” (2010, p. 31). Logo, o autor afirma que, além da política do significado, não há análise suficiente sobre o significado do termo. O segundo argumento é o termo remete a uma concepção de soma zero para o poder, marginalizando a autoridade do Estado. Por último, ressalta que *rule of law* ofusca o entendimento sobre governança global *pari passu* o direito internacional, o que leva à perda de espaço para a análise do papel de Estados e outros atores na construção do direito.

A literatura aqui analisada e apresentada, por si só, já contesta o primeiro argumento de Rajković. Em Relações Internacionais pode não haver tido tanto questionamento sobre o conceito do termo, mas nas outras ciências sociais – direito, antropologia ou sociologia – o termo já vem sendo discutido em abundância. Por outro lado, a afirmação de que não se considera a política é insustentável, principalmente quando se pensa nas origens do termo, e no fato de que *rule of law* está no cerne da discussão entre direito e política. Falar sobre autoridade é político. Coibir a autoridade e regência, também. Por último, *rule of law* não ignora o Estado. Por mais que o termo possa ser aplicado a outros contextos, como relações internacionais, o Estado continua a ser um ator, e que é fundamental na construção do direito e ideal de *rule of law*. *Rule of law* em relações internacionais dialoga constantemente com esses *double functionaries*.

Entretanto, de fato há confusão como significado quando se contrasta com o Estado de Direito. Rajković sugere utilizar o termo *rule by law* nas relações internacionais. Conforme já foi apresentado aqui, isso seria trabalhar com Estado de Direito, e não *rule of law*. Talvez a origem balcânica de Rajković explique a dificuldade de perceber a diferença, mas a questão

central é que os questionamentos que esse autor aponta não justificam repensar por inteiro o termo.

Com relação à anarquia, esta é utilizada como argumento para invalidar a consideração de *rule of law* nas relações internacionais, e se baseia na incapacidade de enxergar além da concepção waltziana daquele termo. Não só Rajković tem seus argumentos baseados nessa aderência, como também Hurd (2014) e Krygier (2013). Esses autores, essencialmente, defendem que a condição de anarquia e ausência de governo supranacional inviabilizam *rule of law* nas relações internacionais, principalmente levando em consideração o argumento de Hurd de a falta de governo também gera inconsistência na aplicação de normas internacionais. Esse último argumento, bem como outros utilizados por esse autor, se baseia em percepções que não condizem com os autores de direito internacional (ver, por exemplo, Brownlie ou Cançado Trindade), segundo os quais a jurisprudência se constrói no direito internacional.

Além disso, Hurd sugere que utilize um modelo de *compliance* para investigações sobre *rule of law*. Embora *compliance* tem se solidificado como campo de investigação, é apenas uma das formas de abordar o tema. Transgressões são parte de *rule of law* e continuarão a ser em nível doméstico e internacional. O direito, em essência, é restritivo, mas atores também têm a liberdade de não cumprir com as determinações. O importante, nesse quesito, para *rule of law*, é como contravenções são tratadas e como se lida com elas para prevenir quebras futuras da lei (ONUF, 1989).

As considerações sobre essas críticas são importantes pelo fato de que as respostas reforçam o tratamento de *rule of law* em relações internacionais. Isso se dá, principalmente, quando se leva em consideração que a disciplina ainda se atém consideravelmente à anarquia. Também cabe ressaltar que o Estado de Direito tem aplicação limitada, conforme já foi abordado anteriormente.

3 RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE NAVEGAÇÃO NOS OCEANOS: *RULE OF LAW*, DIREITO INTERNACIONAL E POLÍTICAS DE ESTADOS NA ONU

*[N]ullam Maris partem in territorio populi alicujus posse
censeri.*

Hugo Grotius, 1609.

*The principle of humanity permeates the whole corpus juris of
International Law.*

Cançado Trindade, 2013.

3.1 Introdução: *rule of law* e razoabilidade

Hedley Bull (2002) afirma que, no âmbito do direito internacional, *compliance* não é essencial para atestar sua eficácia, muito menos o poder das normas. Seja no âmbito do direito internacional ou legislação doméstica, os atores frequentemente quebram normas estabelecidas. Complementando essa afirmação, Onuf (1989) mostra como as sociedades, necessariamente pautadas em regras, também geram outras regras para tratar da quebra.¹³ Ou seja, a criação do direito acarreta, necessariamente, em medidas coercitivas, compensatórias ou punitivas para lidar com sua quebra.

Reações a uma quebra de normatividade invocam, por sua vez, princípios como o da razoabilidade. Esse princípio pode ser associado a diversos âmbitos do direito, como o administrativo, penal e, foco dessa dissertação, o direito internacional. O objetivo desta introdução não é exaurir a discussão sobre razoabilidade, mas sim pautar esse princípio no contexto de *rule of law* e do exemplo utilizado nessa dissertação, a saber, liberdade de navegação.

A razoabilidade diz respeito ao diálogo entre o direito de uma ou várias partes e os limites que se devem impor a esse direito para assegurar os de outros (BARAK, 2010; RABELO, 2009). Exemplificando, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar assegura o direito à liberdade de navegação. Entretanto, esse direito pode ser restrito no mar territorial em circunstâncias como ameaça à segurança do Estado costeiro (cf. *infra*). Essa restrição à

¹³ *Ubi societas, ibi jus.*

liberdade de navegação, pela Convenção de 1982, obedece às normativas do Estado ribeirinho, que determina as formas como a liberdade pode ser restrita. Esta é uma medida de precaução correspondente à zona específica, ou seja, não se trata de uma reação a determinado fato. Nesse caso, destaca-se a mera incidência de limites existentes e que têm o objetivo de regular ou, inclusive, permitir a convivência social (tal como afirma BARAK, 2010).

Ubi societas, ibi jus. Considera-se que o direito e as regras, por natureza, constituem limitações socialmente construídas e que fazem parte inerente da constituição social. Da mesma forma, surgem as contramedidas, cujo objetivo é lidar com as quebras de determinada regra (ONUF, 1989). Normalmente também se invoca o princípio da necessidade. As quebras da norma *requerem* uma medida compensatória ou corretiva (ALEXY, 2009; BARAK, 2010; FRANCK, 2008; MAY, 2008) cujo objetivo pode ser a restituição ou compensação, por exemplo, mas, ultimamente, a inibição de ações semelhantes (ONUF, 1989). De acordo com Onuf (1989), mesmo as medidas reacionárias são pautadas ou orientadas por regras, delas dependentes. As medidas repressoras, assim, são invocadas de acordo com a necessidade de se tratar de determinado prejuízo a um ator por outro. I.e., direitos dos atores podem ser restringidos com base na necessidade de medidas corretivas. Embarcações gozam da liberdade de navegação. Entretanto, essa pode ser restrita caso um estado ribeirinho tenha motivos suficientes para crer que, a título de exemplo, a embarcação realize pesca ilegal, não-declarada e não-regulamentada (IUU, da sigla em inglês para *illegal, unreported and unregulated*). A embarcação apreendida, de acordo com a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, pode ser liberada mediante o pagamento de uma fiança (art. 73, vide *infra*). Estabelece-se, portanto, na Convenção de 1982, regras que ditam como proceder nos casos em que é necessário restringir a liberdade de navegação por uma quebra específica de um direito – no caso, a soberania exclusiva sobre os recursos vivos da zona econômica exclusiva.

A razoabilidade se refere, eminentemente, aos limites do cerceamento de determinado direito no âmbito de uma reação à quebra de uma norma.

A razoabilidade possui acepção ampla. Não é tangível ao evocar a equidade entre o geral e individual, a pessoa e o coletivo, além da razão. Ávila (2007, p. 105) apresenta três significados distintos para a razoabilidade:

First of all, reasonableness is used as a guideline that requires general norms to be related with individualities in real cases, either showing from which perspective the norm should be applied or indicating in which situation the individual case is so specific it does not conform to the general norm. Secondly, reasonableness is used as a guideline that requires legal norms to be related to the world they refer, either

by demanding an empirical and appropriate support to any legal act or by demanding a congruent relation between the adopted measure and the purpose it expects to accomplish. Thirdly, reasonableness is used as a guideline that requires a relation of equivalence between two magnitudes.

De acordo com esse conceito de razoabilidade, entende-se porque Estados tiveram dificuldade de aceitar a imposição do uso de práticos, pela Austrália, para navegação pelo Estreito de Torres, que será abordada na seção 3.4.3. Considerando as circunstâncias do instrumento da navegabilidade pelos Estreitos, a congruência com outros países e as implicações para as pessoas jurídicas em termos de custos, um número considerável de países se posicionou contra a medida australiana. Da mesma forma, a consideração do Tribunal Internacional para o Direito do Mar sobre as fianças e garantias impostas aos casos analisados no capítulo seguinte levam em consideração as especificidades dos casos e a jurisprudência do Tribunal, sempre citada nas decisões subsequentes ao caso do *Camouco*. No *Arctic Sunrise*, por exemplo, é possível evocar o princípio da razoabilidade considerando as circunstâncias específicas em que se deu o incidente e a pena provisoriamente imposta pela Rússia – prisão, que não era razoável ou proporcional à ocorrência.

A razoabilidade, portanto, é essencial para a consideração de medidas tomadas em reação à quebra de uma norma. Entretanto, pode ser que um dos dois seja mais frequentemente citado em determinado contexto. Rabelo (2007) afirma que o princípio da razoabilidade possui significado mais amplo e, portanto, sendo mais utilizado nos sistemas jurídicos de certos países (Estados Unidos, Itália, Reino Unido, por exemplo). Na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar a razoabilidade aparece 49 vezes como princípio. Percebe-se, portanto, que, à luz dessa Convenção, a razoabilidade é evocada para disciplinar as restrições de direitos, embora não o seja em detrimento da proporcionalidade, uma vez que em muitos casos aparece também correlata à proporcionalidade.¹⁴

Nas relações internacionais, tal como mencionado no capítulo anterior, o direito internacional tem como objetivo garantir previsibilidade e ordem, equilíbrio de poder e isonomia entre os atores, ao mesmo tempo em que preserva os direitos humanos – princípio, aqui, chamado de *rule of law*. Direitos humanos não foram incluídos na definição ao acaso. Se relacionam a outro princípio: da humanidade, que, segundo Cançado Trindade (2013), permeiam todo o *corpus juris* do direito internacional.

A razoabilidade é fundamental para a compreensão e aplicação do princípio de *rule of law* porque está, além do componente pétreo de direitos humanos, relacionados aos outros

¹⁴ Ver, por exemplo, art. 73.

constantes na definição. Tal como se observa na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, a razoabilidade permeia o direito internacional no espectro aqui analisado. Também se relaciona com a restrição ao poder arbitrário na medida em que a sanção imposta visa corrigir ações unilaterais ou a prevalência de um ator gerada por meio da contravenção ou quebra normativa. Ou seja, um país cuja zona econômica exclusiva foi violada por embarcação de um terceiro teve sua soberania sobre os recursos vivos daquele espaço violado. Há uma contestação, à qual se deve responder. Entretanto, a razoabilidade na resposta que se dá a essa quebra deve respeitar os direitos das pessoas envolvidas, tais como tripulações que podem ser indevidamente presas – motivo pelo qual a delegação do México, nas discussões apresentadas no item 3.4.3, insta países a respeitar esses direitos. Sendo assim, deve-se ter o cuidado para que a sanção imposta não represente uma concessão indevida de poder, ou seja, há o poder limitado de sanção. Esse poder limitado da sanção, pautado na razoabilidade, como prescrito na Convenção de 1982, sugere a manutenção de determinada ordem naquele espaço marítimo. Também apela à previsibilidade de duas formas. Uma delas é a sanção como elemento inibidor de ações desafiadoras semelhantes. A outra diz respeito ao padrão da sanção estabelecida – o limite razoável à sanção também sinaliza a congruência de sanções futuramente adotadas.

Considerações sobre isonomia nas situações aqui analisadas impõem desafio ao se apresentarem de forma indireta. Estão, necessariamente, ligadas aos três tipos existentes de jurisdição (legislativa, adjudicativa, executiva). No âmbito legislativo, identifica-se, no exemplo do parágrafo anterior, uma adaptabilidade do artigo 110¹⁵ da Convenção de 1982, que trata das restrições à navegação e compensações, às circunstâncias específicas ao invocar o uso da palavra razoável. Entretanto, a razoabilidade também exige, de acordo com Ávila (2007) uma relação de equivalência nas magnitudes. Assim, pode-se relacionar o princípio à isonomia, que é ausente nesse exemplo da violação da ZEE. Se, por um lado, há a preocupação com a compensação às embarcações, tal como relaciona o artigo 110 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, não se faz referência a outra dimensão importante que possa ter direitos violados: o indivíduo. Diferentemente, o âmbito adjudicativo diz respeito ao devido processo, salvaguardado no artigo 14 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Aqui, um exemplo seria a razoabilidade de prazos: no caso do *M/V Virginia G*, abordado no capítulo seguinte, prazos estabelecidos para certas decisões relativas à embarcação ocorreram de forma rápida em Guiné Bissau (venda do combustível), mas a

¹⁵ A seção seguinte entrará em maior detalhe sobre as disposições do art. 110.

liberação da tripulação demorou demasiadamente. A razoabilidade, portanto, possui aplicação distinta, afetando o princípio da isonomia. O mesmo poderia ser dito com relação às concessões de compensações distintas à tripulação, embarcação e pessoa jurídica no caso do *M/V Saiga* (1 e 2). Já o âmbito executivo também pode seguir esse mesmo exemplo, uma vez que a Convenção de 1982 não considera a prisão como medida razoável. Se, por um lado, a embarcação pode permanecer apreendida, o artigo 73 é claro com relação à prisão da tripulação, em tese garantindo isonomia. A maioria dos casos analisados no capítulo seguinte, entretanto, não segue esse raciocínio.

Percebe-se, também, como direitos humanos permeia todas as considerações, acima, sobre a aplicação da razoabilidade no âmbito da Convenção. Seu respeito previne o cerceamento excessivo de direitos nas sanções, assegura a isonomia e, também, cerceia o poder arbitrário ao impedir seu acúmulo excessivo. Por conseguinte, ordem e previsibilidade recebem os impactos positivos dessa dinâmica de sanções razoáveis. Não só direitos humanos são relacionados no respeito a esses limites, mas também o direito dos outros atores envolvidos. Um exemplo é a constante demanda de Estados caribenhos, apresentada na seção 3.4.3, de restringir a navegação de embarcações com substâncias nucleares e nocivas. O importante da consideração de *rule of law* e, por conseguinte, permeando a análise desse e do próximo capítulo, é a noção de que direitos podem – e, em algumas situações, devem – ser cerceados, dentro de certos limites.

3.2 Liberdade de navegação e *rule of law*

3.2.1 A liberdade de navegação na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar

Três tendências sobre a liberdade de navegação são observadas ao longo da história, de acordo com Steinberg (2001). Na primeira, o oceano era tido como um território alheio à sociedade. Na segunda, do outro lado do espectro, está a concepção do oceano como parte integral do território. Em paralelo a essas duas formas de relacionamento surgiu uma última, que é o uso compartilhado dos oceanos com um grau administração (*stewardship*) sobre ele. Essas concepções sobre os oceanos como território, não-território ou parcialmente território permearam as discussões político-jurídica dos oceanos, sendo também observadas na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar.

Historicamente, Grotius (1609) foi o defensor dos oceanos como não-território, sendo considerado, também, *res communis* (ALBUQUERQUE MELLO, 2001). Por outro

lado, o inglês John Selden e, ainda, o português Serafim de Freitas, figuram como os defensores da territorialização dos oceanos e, conseqüentemente, considerar os oceanos como passível de posse por um Estado (BRITO VIEIRA, 2003; FEENSTRA, VERVLIET, 2009). Embora não haja um defensor específico, Steinberg (2001) argumenta que Grotius influenciou significativamente o desenvolvimento de alternativas administráveis dos oceanos. Aqui, a primeira e segunda vertentes, respectivamente, serão denominadas *mare liberum* e *mare clausum*, de acordo com o nome das obras dos autores (Grotius e Selden) que as influenciaram. A vertente administrável, por sua vez, será denominada *mare dispensatorium*.

As três correntes de territorialização podem ser encontradas na Convenção, como já afirmado acima. Isso representa um equilíbrio atingido com muita cautela pelos Estados Membros da ONU durante as negociações da III Conferência sobre o Direito do Mar (Montego Bay), que contrapôs Estados favoráveis ao *mare liberum*, *mare clausum* e, também, *mare dispensatorium* (GUYLFOYLE, 2009; HARRISON, 2011; ROTHWELL, STEPHENS, 2001; STEINBERG, 2001). A seção 3.4, abaixo, também evidencia como a questão da equidade e impedimento ao acúmulo de poder ou recursos de porções dos oceanos foi e, até hoje, é considerada nas discussões sobre o direito do mar.

Considerar o oceano como território ou não tem impactos diretos sobre a liberdade de navegação. A forma como cada uma está presente na Convenção de 1982 reflete considerações sobre o direito de navegação nas distintas zonas marítimas – a saber, o mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e alto-mar.

O mar territorial, espelhando o conceito de *mare clausum*, é regido pelos artigos 2 a 32 da Convenção de 1982, e constitui território integral do Estado costeiro, estendendo-se até 12 milhas náuticas¹⁶ das linhas de base da costa.¹⁷ Embarcações de outros Estados possuem o direito à navegação pelo mar territorial de um Estado costeiro, assegurada no artigo 17, desde que seja exclusivamente para passagem por essa zona, denominando essa ação, conseqüentemente, de passagem inocente. A passagem inocente é ininterrupta e se destina unicamente a fins de trânsito. Por via de regra, em conformidade com a Parte II da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, todas as atividades no mar territorial devem ser autorizadas pelo Estado costeiro – mesmo a passagem inocente. Configura-se, assim, o domínio pleno do Estado costeiro sobre aquele espaço, ou seja, território.

¹⁶ Uma milha náutica equivale a 1.852 metros. Não há convenção internacional para a abreviatura ou símbolo desta medida. Neste trabalho será utilizada como “mn”.

¹⁷ Linhas de base são os pontos, na costa, a partir dos quais se traçam as distâncias das zonas marítimas. Extensões das zonas são sempre contadas a partir das linhas de base.

Estreitos utilizados para a navegação, tais como Bósforos e Dardanelos, Gibraltar, Johor ou Torres, também têm menção especial na Convenção. O artigo 38, da Parte III, garante o direito ao trânsito através de estreitos utilizados para a navegação internacional. Também estabelece uma série de direitos e deveres tanto de Estados costeiros como de outros para assegurar a segurança navegacional e diminuir a poluição nessas águas. Os estreitos aos quais se refere a Parte III da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar são aqueles localizados no mar territorial de um ou mais Estados,¹⁸ aplicando-se, assim, as demais disposições daquela zona marítima sobre, por exemplo, a passagem inocente. A liberdade de navegação nos estreitos obedece, portanto, a noção de *mare clausum*, embora as posições estratégicas em que se encontram garantam maiores deveres do Estado costeiro de assegurar a navegabilidade.

A zona contígua se estende até 24mn contadas a partir das linhas de base, ou seja, 12mn adicionais desde o fim do mar territorial. Sua natureza jurídica está contida na mesma parte em que a Convenção trata do mar territorial. Entretanto, o artigo 33, que a define, não a caracteriza como território *de jure*. Trata-se de uma zona de transição, onde o Estado não possui pleno controle mas pode exercer funções de fiscalização visando prevenir infrações em seu território ou executar sanções nele identificadas. Guilfoyle (2009) ressalta que o artigo 33 não menciona o termo soberania, mas sim fiscalização, prevenção e sanção. Sendo assim, *a priori*, a liberdade de navegação, segundo aquele autor, é assegurada, na zona contígua, desde que a atividade da embarcação não possa trazer ou tenha trazido consequências negativas no mar territorial do Estado costeiro.

Criação inédita da Convenção, a zona econômica exclusiva (ZEE) figura na Convenção de 1982 como se estendendo até 200mn, contadas a partir das linhas de base. Nesta zona, o Estado possui direitos econômicos exclusivos sobre os recursos vivos do volume de água, desde a superfície até o leito oceânico (art. 56). O estado ribeirinho também possui direitos de regulação e fiscalização na zona econômica exclusiva, a fim de proteger os recursos vivos e não-vivos, em conformidade com o artigo 73. Esse artigo é de fundamental importância para os casos relatados no próximo capítulo, uma vez que estabelece o poder de fiscalização e abordagem de embarcações. No regime da ZEE, entretanto, também é feita referência, no artigo 58, aos direitos de outros estados e suas embarcações, vinculando-o ao artigo 87, da parte referente ao alto mar. Esse artigo estabelece as liberdades dos Estados no alto-mar, tais como navegação e sobrevoo, pesca e colocação de cabos submarinos, entre

¹⁸ Vide art. 36.

outras. A liberdade de navegação, portanto, é plena e irrestrita na zona econômica exclusiva, salvo quando, ao Estado costeiro, for necessário empregar alguma medida de fiscalização. Constitui, assim, uma forma de *mare dispensatorium*, na qual direitos e deveres dos Estados são administrados de forma equilibrada a garantir benefícios para Estados costeiros e navegantes.

A última zona marítima, o alto-mar, é aquela em que o direito de navegação é pleno, ecoando o *mare liberum* de Grotius. O alto-mar é, aqui, referido como a última zona marítima no sentido de navegação, uma vez que a plataforma continental e a Área não se enquadram nessa categoria – são designações de zonas do leito e subsolo marinho. Por definição (artigo 86 da Convenção de 1982), o alto-mar se refere a todas as áreas não cobertas pelo mar territorial, zona contígua ou zona econômica exclusiva. Sendo assim, a partir do limite externo da ZEE, já se considera alto-mar – mesmo nos casos em que a plataforma continental exceda 200mn. Ou seja, se um país, por meio dos dispositivos da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, consegue a extensão de sua plataforma continental até o limite de 350mn, as 150mn de água acima da plataforma continental contadas a partir do limite da ZEE já são consideradas alto-mar. O artigo 87, ao qual referência é feita na parte sobre a zona econômica exclusiva, resume as liberdades de alto-mar, que deve ser destinado a usos pacíficos e, no artigo 90, fica resguardado o direito de navegação. A Parte VII também ressalta o único tipo de jurisdição passível de exercício nessa zona marítima, a saber, jurisdição nacional sobre navios com o respectivo pavilhão.

Tabela 1 – Zonas marítimas e correntes sobre navegação

	Mar territorial	Zona contígua	ZEE	Alto-mar
Corrente	<i>mare clausum</i>	<i>mare clausum</i>	<i>mare dispensatorium</i>	<i>mare liberum</i>
Base (Convenção)	Parte II	Parte II	Parte V	Parte VII
Extensão	12mn	24mn	200mn	>200mn
Navegação	Restrita	Controlada	Livre	Livre

Ressalta-se que as zonas marítimas aqui referidas também refletem elementos da definição de *rule of law* elaborada no capítulo anterior. Disperso por todas as zonas, o direito à liberdade de navegação e suas distintas correntes (vide Tabela 1 acima).

3.2.2 Restrições à liberdade de navegação

A liberdade de navegação não é absoluta, tampouco irrestrita. Isso ocorre porque, como já foi dito, o princípio de *rule of law* clama um equilíbrio entre os direitos e deveres dos distintos atores, bem como um equilíbrio no uso compartilhado dos recursos marítimos e do

próprio oceano como meio para acesso a recursos. Esse equilíbrio existe para assegurar direitos coletivos e impedir o acúmulo excessivo de poder de um ator em detrimento dos outros. Essa restrição, assim como a manutenção da ordem, são centrais nas discussões sobre restrições legalmente previstas na Convenção. Entretanto, deve-se ir além da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar para falar de restrições à liberdade de navegação. Isso ocorre porque outros instrumentos internacionais a ela posteriores também tratam do tema, como a Convenção sobre Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima (Convenção SAI) e Protocolos Adicionais à Convenção da ONU sobre o Crime Organizado Transnacional (UNCTOC), por exemplo.

Em geral, as restrições previstas nos instrumentos internacionais preveem duas bases distintas, sobre as quais os Estados costeiros podem atuar. Primeiramente, como será abordado nesta seção, destacam-se motivos de segurança, que incluem todas as possíveis ameaças ao Estado costeiro. Exemplos incluem atividades ilícitas como o tráfico de drogas, comportamentos prejudiciais ao Estado ribeirinho e outras embarcações, ameaça à integridade física desses atores, tráfico de escravos e migrantes, bem como o terrorismo. O segundo tipo de embasamento para restrições à navegação é a preservação do meio-ambiente e dos recursos vivos ou não vivos que são de usufruto – até mesmo patrimônio cultural subaquático, mesmo que não seja considerado um recurso *per se*. Nessa questão destaca-se, por exemplo, o despejo de poluentes nos oceanos, transporte de materiais perigosos e quaisquer atividades que possam representar risco ao meio-ambiente, incluindo a pesca ilegal. Portanto, nota-se, nesses embasamentos, um zelo por dois dos elementos que constam no conceito de *rule of law*. Trata-se de garantir um equilíbrio entre o acesso a recursos, usufruto do oceano, *res communis*, ao mesmo tempo em que se busca manter a ordem.

3.2.2.1 *Mar territorial*

No mar territorial, somente a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar tem aplicação no que diz respeito às restrições da navegabilidade de embarcações. Os outros instrumentos internacionais acima referidos se restringem às situações além do mar territorial, o que reforça, por exemplo, os argumentos sobre a aplicabilidade do princípio de liberdade de navegação na zona contígua (GUILFOYLE, 2009; KRASKA, 2009).

O Estado ribeirinho possui plenos direitos de regulação no mar territorial. Por esse motivo, a Convenção, em sua Parte II, permite que o Estado costeiro intervenha em situações que lhe possam ser relevantes. O artigo 25, por exemplo, resguarda o direito de intervenção quando a passagem pelo mar territorial não se caracterizar como inocente. O artigo 27, ainda,

permite o exercício de jurisdição penal além daquela do Estado pavilhão quando se detectar uma atividade ilícita que possa trazer consequências negativas para o país costeiro. A Convenção da ONU sobre o Direito do Mar evidencia a preocupação com a segurança no artigo 20, que exige que submarinos ou outros veículos subaquáticos naveguem na superfície, com a bandeira do pavilhão à mostra. Ou seja, qualquer uso do mar territorial por embarcações que, porventura, levem as autoridades do Estado costeiro a crer que não seja pacífico, no escopo da Convenção, constituem base para a intervenção e restrição à liberdade de navegação.

Ainda que não se trate, diretamente, de uma restrição *strictu sensu*, o Estado costeiro possui, também, o direito de determinar regras de separação entre navios, a fim de garantir a navegabilidade e segurança dentro do mar territorial (artigo 22). Isso se aplica, também, aos estreitos utilizados para a navegação internacional (artigo 41). Embora não se trate de uma restrição, muitos Estados consideram que as medidas a serem adotadas devem ser mínimas, a fim de evitar maiores transtornos para as embarcações, tal como foi discutido em diversas instâncias na Assembleia Geral (vide página 71) e também esteve presente nos relatórios do Secretário-Geral (página 64, abaixo). Os esquemas de separação constituem elemento essencial da navegabilidade, tanto no setor aéreo, por meio das respectivas convenções da Organização Internacional de Aviação Civil (OACI), como nos oceanos. A diferença, entretanto, é que, no caso dos oceanos, qualquer medida impeditiva à navegação é sempre tratada com divergências, o que é visto na seção 3.3.3, abaixo.

No que diz respeito, entretanto, à proteção ao meio-ambiente, a Convenção de 1982 exige uma interpretação mais ampla no que diz respeito à liberdade de navegação. O artigo 23, por exemplo, dentro da parte do mar territorial, não faz referência a qualquer restrição à liberdade de navegação nessa zona quando se transporta material radioativo ou tóxico. O mesmo ocorre com o artigo 216, que aborda as medidas cabíveis para preservação do meio-ambiente. Entretanto, os artigos 210 e 211 dão liberdade aos Estados para que possam tomar medidas cabíveis para a preservação do meio marinho, inclusive no que diz respeito à pesca.

Entende-se, portanto, que no mar territorial os Estados possuem amplos poderes para restringir a liberdade de navegação nessas circunstâncias. Isso se deve, também, ao fato de que a legislação penal do Estado costeiro é plenamente aplicável no mar territorial. A Convenção de 1982, com essa designação *mare clausum*, deixa claro que, no mar territorial, o principal interesse é a proteção do Estado ribeirinho. Há um desequilíbrio que, *a priori*, destoava desse elemento constitutivo da definição de *rule of law*. Entretanto, deve-se considerar que a salvaguarda do mar territorial constitui um reforço à noção de que o poder arbitrário deve ser

restrito para evitar que embarcações dos mais diferentes pavilhões realizem ações sem considerar os direitos dos Estados ribeirinhos. Trata-se de uma zona onde o Estado ribeirinho possa exercer plenamente seus direitos territoriais.

3.2.2.2 *Zona contígua e zona econômica exclusiva*

Diferentemente do mar territorial, na zona contígua e zona econômica exclusiva são aplicáveis outros instrumentos internacionais, tais como a Convenção SAI ou os protocolos adicionais à UNCTOC. Entretanto, majoritariamente, depende-se da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar para determinar os poderes de abordagem de embarcações estrangeiras e restrições à liberdade de navegação nessas zonas. Tratados estabelecidos após a Convenção da ONU de 1982, tais como a Convenção de Viena de 1988,¹⁹ sobre tráfico de drogas, espelham certas disposições da Convenção sobre o Direito do Mar, fazendo restrições mais específicas. O tráfico de drogas não estava previsto como fundamentação para restrições na Convenção de 1982, sendo isso consagrado somente depois na Convenção de 1988.

O Protocolo Adicional à Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar (Protocolo de Contrabando de Migrantes) também se baseou, majoritariamente, na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. Isso se mostra tanto pelas autorizações que se dão à busca, apreensão e restrição de liberdade de navegação – em conformidade com cláusulas semelhantes da Convenção de 1982 – como pela linguagem utilizada. Um exemplo é o respeito à soberania do Estado pavilhão, quanto as consequências para restrições infundadas (artigo 9).²⁰

No que diz respeito à zona contígua, a Convenção de 1982 é clara, por meio do artigo 33, ao afirmar que nela podem ser fiscalizadas as infrações que se possam executar no mar territorial ou nele tenham sido impetradas. A Convenção SAI, por sua vez, se aplica a partir do limite externo do mar territorial (art. 4º), abarcando, também, a zona contígua. O artigo 3º, por sua vez, informa os crimes de que trata a Convenção SAI – essencialmente crimes contra o patrimônio, segurança de pessoas e Estados. Não é objetivo dessa Convenção tratar de crimes ambientais; o próprio nome do instrumento internacional limita seu escopo à segurança da navegação nos oceanos.

Tanto a zona contígua como a ZEE constituem, para efeitos de navegação, parte do alto-mar (GUILFOYLE, 2009). Portanto, salvo as disposições mencionadas no parágrafo anterior, a zona contígua não deve ser usada para restrições à navegação. A ZEE, por outro

¹⁹ Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 1988.

²⁰ A seção 3.2.2.4 abordará elementos de compensação quando intervenções se mostram infundadas.

lado, como limita a soberania aos recursos vivos, só admite o cerceamento da liberdade de navegação quando haja uma ameaça a esses recursos. Essas restrições estão detalhadas no artigo 73 da Convenção de 1982. Os recursos vivos localizados na zona contígua também fazem parte desse conjunto de restrições, uma vez que essa zona também está inclusa na largura de até 200mn a partir das linhas de base que caracteriza a ZEE.

A zona contígua, nesse contexto, pode ser considerada como uma zona de transição. Considerando, tal como constante na seção 3.2.1, que as restrições à liberdade de navegação são maiores que no regime da zona econômica exclusiva, considera-se que a zona contígua ainda é representativa do *mare clausum*. Já a ZEE foi considerada como *dispensatorium* pelo fato de que seu objetivo é, primordialmente, o de salvaguardar os recursos vivos ao Estado costeiro, enquanto preserva outros direitos de terceiros.

O artigo 73, que regula ações de fiscalização na ZEE, permite compreender a forma como o conceito de *rule of law* é aplicado no tema aqui analisado. Também deve ser lido em conjunto com o artigo 58. Suas respectivas redações são (grifos meus):

Artículo 58

Derechos y deberes de otros Estados en la zona económica exclusiva

1. 1. En la zona económica exclusiva, todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan, con sujeción a las disposiciones pertinentes de esta Convención, de las libertades de navegación y sobrevuelo y de tendido de cables y tuberías submarinos a que se refiere el artículo 87, y de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades...
2. [...]
3. 3. En el **ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes** en la zona económica exclusiva en virtud de esta Convención, los Estados tendrán debidamente en cuenta los **derechos y deberes** del Estado ribereño y cumplirán las leyes y reglamentos dictados por el Estado ribereño de conformidad con las disposiciones de esta Convención y otras normas de derecho internacional en la medida en que no sean incompatibles con esta Parte.

Artículo 73

Ejecución de leyes y reglamentos del Estado ribereño

1. El Estado ribereño, en el ejercicio de sus derechos de **soberanía** [...], podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales.
2. Los buques apresados y sus tripulaciones serán liberados con prontitud, previa constitución de una fianza **razonable** u otra garantía.
3. Las sanciones establecidas por el Estado ribereño por violaciones de las leyes y los reglamentos de pesca en la zona económica exclusiva **no podrán incluir penas privativas de libertad**, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal.
4. En los casos de apresamiento o retención de buques extranjeros, el Estado ribereño notificará **con prontitud** al Estado del pabellón, por los conductos apropiados, las medidas tomadas y cualesquiera sanciones impuestas subsiguientemente.

Os termos grifados no artigo 73 demonstram, primeiramente, procedimentos a serem adotados, o que remete à previsibilidade e ordem. Constituem regras instrutivas, tal como concebidas por Onuf (1989), e cujo objetivo é estabelecer um padrão de conduta. Também se percebe como se pauta na razoabilidade, explicitamente no item 2 e, implicitamente, no 4º (“*con prontitud*”).²¹ Se, por um lado, pode-se argumentar que a determinação de que as apreensões e processos judiciais da tripulação não sejam realizados em âmbito penal, por outro faz-se uma reserva a acordos entre Estados que possam mudar essa disposição. A isonomia, portanto, se fragiliza nesse artigo e, por conseguinte, também afeta o equilíbrio de poder ao priorizar o Estado.

3.2.2.3 *Alto-mar*

O alto mar é o último resquício da doutrina *mare liberum* no direito do mar. Deve-se notar, entretanto, que não constitui *mare liberum* em sentido literal de liberdades irrestritas de navegação. De fato, os recursos vivos são de usufruto comum da humanidade, assim como a liberdade de navegação, salvaguardada no artigo 87 (grifos meus):

Artículo 87
Libertad de la alta mar

1. La alta mar está abierta a **todos** los Estados, sean ribereños o sin litoral. La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional. Comprenderá, entre otras, para los Estados ribereños y los Estados sin litoral:
 - a. La libertad de navegación;
 - b. La libertad de sobrevuelo [...]
 - e. La libertad de pesca, con sujeción a las condiciones establecidas en la sección 2 [...]
2. Estas libertades serán ejercidas por todos los Estados teniendo debidamente en cuenta los **intereses de otros Estados** en su ejercicio de la libertad de la alta mar, así como los derechos previstos en esta Convención con respecto a las actividades en la Zona.

As considerações sobre *todos* os estados no parágrafo segundo apontam para uma isonomia *de jure* entre os Estados, ressaltando-se, também, a preocupação em salvaguardar os direitos de Estados sem litoral. Por outro lado, o parágrafo segundo aborda o equilíbrio que deve existir entre os Estados. Pode-se inferir que os representantes na III Conferência da ONU sobre o Direito do Mar tinham a intenção de evitar que houvesse acúmulo de poder para realizar determinadas ações, preferindo, no alto mar, aludir cerceamento do poder arbitrário. Esse artigo é um claro exemplo de regra de comprometimento, tal como classificada por Onuf (1989), na medida em que estabelece um objetivo maior com o qual os Estados pactuam. Não

²¹ No próximo capítulo, em mais de um caso a questão da razoabilidade temporal da notificação é clamada.

estabelece uma relação direta entre ordem e previsibilidade, sendo esses componentes da definição de *rule of law* mais presentes no artigo 110, que define as circunstâncias nas quais se é possível restringir a liberdade de navegação dos barcos em alto mar.

O artigo 110 da Convenção de 1982, diferentemente do artigo 87, tem a preocupação de definir, claramente, o que pode ser considerado como fundamento para a restrição da liberdade de navegação no alto mar. São consideradas justificativas a pirataria, tráfico de escravos, realização de transmissões não-autorizadas, falta de nacionalidade ou possuir a nacionalidade da embarcação militar que realiza a apreensão. Prevalece, nessa lista exaustiva do artigo 110, uma preocupação com a segurança dos Estados, embora se reconheça, tal como a seção 3.4.3 mostrará, uma preocupação com os efeitos da pirataria sobre tripulação e passageiros de embarcações comerciais ou de lazer. A constância do tráfico de escravos também constitui uma preocupação voltada aos direitos humanos, a saber o direito à liberdade e dignidade humana. Portanto, apesar de a liberdade de navegação no alto mar ter fundamentos na segurança, também se observa uma transversalidade de direitos humanos. Mesmo assim, a redação da Convenção ainda deixa a desejar com relação à isonomia entre Estados e outros atores nas relações internacionais, assim como o fazem vários instrumentos internacionais.

Com o surgimento de novas tipologias para crimes relacionados ao transporte de pessoas – tráfico de pessoas e contrabando de migrantes²² –, surgem questionamentos sobre a intervenção em alto mar com a finalidade de interromper esses crimes (KLEIN, 2004). O contrabando de migrantes possui disposições específicas em seu Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, tal como abordado acima. Já o caso de tráfico de pessoas não é tão claro, uma vez que esse instrumento não faz referência específica aos meios (terrestre, marítimo, aéreo) do tráfico de pessoas. O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) reconhece a ligação entre tráfico de pessoas e a escravidão,²³ o que permitiria, *a priori*, justificar ações de interdição em alto mar com base no artigo 110. Guilfoyle (2009) segue essa linha, citando, também, o Estatuto de Roma e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão.²⁴ Apesar de que, como mostra um estudo do UNODC (2011), existe

²² De acordo com os protocolos adicionais à Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), essas duas tipologias se diferenciam pela continuidade ou não da exploração. Enquanto no tráfico de pessoas a vítima é transportada até certo local e, lá, continuamente explorada em âmbito sexual, laboral ou para remoção de órgãos, o contrabando de migrantes se caracteriza pela exploração econômica, geralmente impondo risco à vítima, transportando-a até determinado local, em cuja chegada cessa a relação de exploração entre contrabandista e vítima.

²³ <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/what-is-human-trafficking.html?ref=menu>, acesso em 6 jun 2015.

²⁴ Artigos 7(2)(c) e 1º, respectivamente.

incidência de tráfico de pessoas em embarcações pesqueiras e, possivelmente, em outros âmbitos do comércio marítimo, não existem evidências da fundamentação correlacionada do tráfico de pessoas com a escravidão para interceptar embarcações no alto mar, em conformidade com o artigo 110 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar.

O artigo 110 da Convenção, portanto, faz referência indireta à manutenção da ordem e suas prescrições o relacionam à previsibilidade. Também se ressalta um elemento transversal, embora implícito, de direitos humanos, ficando a isonomia entre os diferentes atores prejudicada em favor da preponderância do Estado, tal como é usual no direito internacional público (CANÇADO TRINDADE, 2013).

3.2.2.4 *Restrições infundadas e compensação*

A Convenção da ONU sobre o Direito do Mar também traz regras que lidam com ações injustificadas com base em suas prescrições sobre restrições à liberdade de navegação. O parágrafo terceiro do artigo 110 afirma que “*Si las sospechas no resultan fundadas, y siempre que el buque visitado no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido*” (grifo meu). Disposições semelhantes são encontradas na Convenção de Viena de 1988 e no Protocolo sobre Contrabando de Migrantes, o que, segundo Wendel (2007) evidencia a forma como foram influenciados pela Convenção de 1982.

No que diz respeito à liberdade de navegação, o artigo 110, parágrafo terceiro, é a única disposição da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar que diz respeito à compensação em caso de ação restritiva infundada. Com relação às implicações para o conceito aqui abordado, de *rule of law*, devem ser feitas três observações. Primeiramente, a existência de prescrição sobre compensação é importante para impedir abusos de poder, reforçando o cerceamento ao poder arbitrário nas relações internacionais. A isso se soma, também, o caráter prescritivo e, conseqüentemente, alusivo à previsibilidade dos resultados de um abuso de poder, o que também se reflete na manutenção da ordem.

Por último, cabe considerar a falta de isonomia. O objeto da compensação é a *embarcação*, e não as pessoas que nela se encontram. Por isso, entende-se a pessoa jurídica à qual pertence determinado barco. Entretanto, as decisões do ITLOS sobre compensação, seguindo a sistemática utilizada pela Corte Internacional de Justiça (WENDEL, 2007), determinam o pagamento de compensação de um Estado a outro, indicado o beneficiário final – pessoa jurídica (por prejuízos), reparos na embarcação ou indivíduos (por danos sofridos), por exemplo. O caso do *M/V Saiga* se destaca por ter sido o que gerou essa sistemática de

compensação, e será abordado em maior detalhe no próximo capítulo. O importante é ressaltar que, mesmo que o artigo 110(3) possua uma aparente restrição sobre reparação às embarcações, o Tribunal entendeu que os indivíduos também têm esse direito, uma vez que delas são parte integral.

As disposições sobre reparação, portanto, espelham o cerne do espírito de *rule of law*, uma vez que se pautam em seus elementos constituintes. Mesmo não tendo sido inicialmente concebido em seu seio, direitos humanos foram entendidos pelo Tribunal Internacional para o Direito do Mar como essenciais. O acesso à justiça, entretanto, permanece restrito aos Estados ou pessoas jurídicas atuando com o consentimento de Estados no Tribunal.

3.3 Direitos humanos em situações de restrição à liberdade de navegação

No capítulo anterior, direitos humanos foram apresentados como inerentes e transversais ao conceito de *rule of law*. No caso de restrições à liberdade de navegação, a fim de prover uma análise do ponto de vista desse conceito, aqui em questão, faz-se necessário abordar a relação do direito internacional dos direitos humanos com o direito do mar. Pode-se dividir essa análise entre as normas que são juridicamente vinculantes, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e aquelas que não possuem caráter vinculante, como princípios e resoluções adotados pela Assembleia Geral da ONU. Exemplo desse último caso são os Princípios e Diretrizes da ONU sobre o Acesso à Assistência Judicial nos Sistemas de Justiça Penal (A/RES/67/187).

O primeiro conjunto, de normas vinculantes, também constitui obrigações *erga omnes*; isso se dá não somente pelo fato de que há a vinculação jurídica pela Convenção, mas também – adotando a perspectiva de Tams (2005) um interesse coletivo na defesa dos direitos básicos, objeto das convenções de direitos humanos. No caso das normas não vinculantes que serão aqui elencadas – eminentemente princípios ditados pela Assembleia Geral ou Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU – o raciocínio é distinto. Conforme afirma Cançado Trindade (2014), não há a conformação de vínculo jurídico, tampouco expectativa de seguimento por parte dos Estados Membros. Entretanto, deve-se salientar que as opiniões e resoluções desses órgãos apontam para a convergência em torno de *opinio juris* em determinado tema. De acordo com esse autor (2014, p. 30), esses instrumentos “têm contribuído para moldar o direito internacional costumeiro e para cristalizar, a longo prazo, os

princípios gerais emergentes do direito internacional.” Princípios, por sua vez, são levados em consideração tanto nos julgamentos do Tribunal Internacional para o Direito do Mar, como também são evocados por Estados Membros na Assembleia Geral, a exemplo da epígrafe do capítulo seguinte, proferida pelo representante da Grécia na Assembleia Geral (vide seção 3.4.3). Deve-se ressaltar, inclusive, que muitas das disposições de normas vinculantes, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, devem ser lidas em conjunto com declarações e princípios publicados posteriormente pela Assembleia Geral da ONU, ou seja, normas não-vinculantes. Isso ocorre porque, após a elaboração desse instrumento vinculante, houve esforços da Assembleia Geral de emitir documentos que detalham, em princípios e diretrizes, elementos constantes do Pacto, tal como abarcará a seção 3.3.2.

Direitos humanos, portanto, complementam a análise feita anteriormente sobre as admissibilidades de interdição marítima sob a perspectiva de *rule of law*. Isso se deve porque, de acordo com a definição aqui trabalhada, previsibilidade e ordem, isonomia e restrições ao poder arbitrário perdem sentido quando direitos humanos são deixados de lado. Direitos humanos, além da distribuição e proscrição do poder absoluto, são centrais à noção de *rule of law* desde sua gênese, assim como apresentado no capítulo anterior. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, deixa clara a nulidade de tratados que vão contra normas *jus cogens*, mas isso não significa que direitos humanos impeçam a consecução de objetivos finalísticos de instrumentos como a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. Não há, portanto, incompatibilidade entre direitos humanos e outras áreas do direito internacional – deve-se pensar nas respectivas áreas como complementares para que *rule of law* seja a perspectiva adotada.

3.3.1 Normas vinculantes: Pacto sobre Direitos Civis e Políticos

O principal instrumento sobre direitos humanos aplicável à esfera de restrições à liberdade de navegação é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto Internacional). O artigo 14 do Pacto Internacional é particularmente relevante por dois motivos. Primeiramente, ações de interdição marítima necessariamente implicam alguma consideração sobre tratamento judicial dos envolvidos. Nos casos de pirataria, majoritariamente tratados na seção 3.4, isso diz respeito ao tratamento dos acusados e condenados por pirataria, bem como seus direitos ao devido processo legal. Nos casos analisados no capítulo seguinte, entra em questão o tratamento dos acusados por ações indevidas, sejam infrações pesqueiras – que, em conformidade com o artigo 73 da Convenção

de 1982, não deveriam ser tratadas em âmbito penal – ou outras violações que acarretem ação judicial sobre os atores envolvidos (indivíduos, pessoas jurídicas, organizações não-governamentais – ONGs).

Em segundo lugar, é importante ressaltar o papel do artigo 14 do Pacto Internacional e, por conseguinte, do devido processo, nas discussões sobre *rule of law*. Por um lado, os suspeitos de infração podem representar uma ruptura de *rule of law*; sua quebra do direito também pode ser uma ameaça ao poder de determinado ator (o Estado, por exemplo), certas pessoas (pirataria) ou, até, uma coletividade – considerando a pesca ilegal, não-declarada e não-regulamentada e o direito coletivo à alimentação e necessidade de sustentabilidade das espécies. Gera-se, assim, a necessidade de levar os representantes da ameaça a um devido processo, que determinará sua culpabilidade e, por consequência, aplicação de sanções. Por outro lado, encontra-se a necessidade de coibir o abuso do poder por parte das autoridades que aplicam as sanções e realizam a gestão dos processos. Esse último é o próprio propósito do artigo 14 do Pacto Internacional e acompanha a construção dessa noção de *rule of law*, tal como o capítulo anterior abordou.

A partir do Pacto Internacional surgiram outros instrumentos interacionais, também em âmbito regional, que espelham as disposições do artigo 14, tais como as Convenções Africana, Interamericana e Europeia de Direitos Humanos. A assimilação de disposições sobre o devido processo em ações judiciais reforça a concordância em torno da imperatividade de se coibir o poder absoluto – mesmo a autoridade deve dar garantias mínimas, inclusive para evitar que pessoas inocentes sejam prejudicadas por ações de outros.

O primeiro parágrafo do artigo 14 já evoca o princípio da isonomia, ao reafirmar a igualdade perante os tribunais. A aplicação dessa disposição, como se verá no próximo capítulo, se dá de forma heterogênea, uma vez que indivíduos não possuem acesso direto a tribunais internacionais. Outros atores não estatais – empresas, ONGs – também se encontram na mesma situação, apesar de que podem obter a autorização de Estados para conduzir os procedimentos em sua parte. Mesmo assim, o Estado deve conceder essa autorização, por exemplo, para que se possa ingressar com uma ação no Tribunal Internacional para o Direito do Mar.²⁵ Organismos internacionais podem submeter somente opiniões consultivas para a apreciação do ITLOS. A jurisprudência dessa corte reforça essa interpretação, com somente disputas entre Estados, empresas atuando em seu prol ou opiniões consultivas solicitadas por organismos internacionais integrando as decisões até hoje proferidas ou casos pendentes.

²⁵ Artigo 20, do Estatuto do Tribunal.

Como mostrará a seção 3.4.2, entretanto, deve-se considerar como positivos os esforços, no âmbito da Assembleia Geral da ONU, de criar um fundo com objetivo de garantir o acesso ao Tribunal para os Estados menos favorecidos, uma vez que ao menos a isonomia entre uma das categorias de atores foi, dessa forma, incentivada.

A presunção de inocência deve ser lida em conjunto com o princípio de *in dubio pro reo*. Referendado no parágrafo segundo do artigo 14, se refere ao dever do Estado de provar, com tudo que lhe for disponível, que determinada pessoa é culpada de ter cometido determinado crime. Quando restar dúvida sobre a culpabilidade, as implicações devem ser favoráveis ao réu. Conforme a seção 2.1.1, isso foi uma evolução e constitui uma salvaguarda contra a arbitrariedade que era comum em regimes não democráticos. No caso do *Monte Confurco*, a ser examinado no próximo capítulo, observa-se que esse princípio foi ignorado, uma vez que o Tribunal Internacional para o Direito do Mar estava deliberando sobre a liberação da embarcação (ação interpelada com base no artigo 292, vide página 87).

Dois tipos de ação, contudo, são frequentemente abordadas em flagrante: pirataria e contrabando de migrantes pelo mar. O contrabando de migrantes ganhou notoriedade tanto nos relatórios do Secretário-Geral da ONU (seção 3.4.1) quanto nas resoluções da Assembleia Geral (seção 3.4.4), além de ter sido frequentemente citado como um problema de preocupação internacional por membros da Assembleia Geral (seção 3.4.3). Diferentemente de ações onde o objeto é interceptação de navios pesqueiros – nas quais não é possível determinar se, de fato, estes estavam realizando pesca em determinada zona – a pirataria e contrabando de migrantes frequentemente se dão com a prisão dos envolvidos com os atos ilícitos em curso. Mesmo que, tanto a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar e outros instrumentos, como o Protocolo sobre Contrabando de Migrantes, disponham sobre a licitude das restrições à liberdade de navegação, cabe ressaltar que o tratamento das pessoas presas, bem como o processo penal, devem seguir os padrões internacionais sacramentados no Pacto Internacional. Se, por um lado, o tratamento de piratas tem ganhado crescente sistematização e adoção de padrões de conduta dos processos penais, como mostrará a seção 3.4.1, o mesmo não ocorre no caso de perpetradores de contrabando de migrantes.

O direito à informação sobre as ações cabíveis, acesso a aconselhamento e acompanhamento em idioma da compreensão do suspeito, acesso à assistência jurídica e julgamento sem demora, por exemplo, estão previstos no artigo 14 e se aplicam às situações de restrição. Nos casos analisados no próximo capítulo, referentes à liberação de embarcações, é possível perceber que os processos foram prolongados excessivamente, como no *M/V Virginia G*, em detrimento das disposições do Pacto Internacional. O mesmo se aplica

a outros casos e outros crimes codificados no direito internacional, que devem ser lidos não só em conformidade com seus respectivos instrumentos originários – como a Convenção de 1982 no caso da pirataria – mas também em conjunto com outros instrumentos vinculantes do direito internacional.

Guilfoyle (2009, 2010, 2014), Bodini (2011) e a Academia de Genebra (2012) são exemplos de autores que consideram necessária a consideração de outros instrumentos internacionais sobre direitos humanos como leitura conjunta com a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. Em 2012, no caso *Medvedev e outros vs. França*, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) referendou essa opinião ao julgar as ações tomadas pela França em um caso de pirataria. A decisão da CEDH não se pautou no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mas sim em outro tratado juridicamente vinculante que, conforme já foi afirmado, acima, traz alguns elementos também presentes no Pacto Internacional. A mensagem de Estrasburgo foi um importante passo na direção de um *mainstreaming* dos direitos humanos em outras ações do direito internacional.

O artigo 105 da Convenção de 1982 efetivamente outorga jurisdição aos Estados Partes para processar indivíduos que tenham cometido atos de pirataria. Nesse caso, o Estado interceptor geralmente julga, de acordo com sua legislação, os indivíduos (GUILFOYLE, 2014). Além de isso também contribuir para a previsibilidade e ordem, sob a lente do Pacto Internacional, a universalização da jurisdição também contribui para outra garantia do artigo 14: *ne bis in idem*. Quando um Estado estabelece a jurisdição sobre determinado fato e processo penal, outros só o podem fazer com relação ao mesmo indivíduo por meio de mecanismos de cooperação jurídica internacional. Estes mesmos mecanismos impedem, em sua natureza, que se estabeleçam múltiplas jurisdições relativas ao mesmo fato, instando países a somarem esforços para levar piratas à justiça (GUILFOYLE, 2014; CURRIE, 2000).

Os procedimentos e direitos previstos no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos se pautam nos elementos constituintes de *rule of law*, tal como apresentado no capítulo anterior. Ao estabelecer regras para o tratamento isonômico dos indivíduos, procedimentos e garantias para o processo penal ao qual estão – conforme ou não com a Convenção de 1982 – atrelados os atos de restrição à liberdade de navegação, efetivamente se gera um compromisso relativo à previsibilidade dos procedimentos com vistas à garantia da ordem. A Convenção da ONU sobre o Direito do Mar zela, principalmente, pelos direitos de Estados e, em determinadas circunstâncias, pessoas jurídicas envolvidas, motivo pelo qual a observância das disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é essencial para se respeitar a isonomia e garantir o equilíbrio entre

o poder dos Estados de executar determinadas ações e os direitos individuais que limitam poderes estatais. Na concepção do direito internacional como uno e harmônico, o Pacto Internacional e a Convenção de 1982 devem ser lidos em conjunto e são compatíveis, assim como também são os instrumentos não vinculantes da seção 3.3.2, a seguir.

3.3.2 Normas não vinculantes do direito internacional

Tal como afirmado na introdução à seção 3.3, embora não haja um caráter juridicamente vinculante nas resoluções de órgãos da ONU, tais como a Assembleia Geral e o Conselho Econômico e Social (ECOSOC), sua conformação indica uma convergência de pensamento em determinada questão por parte dos Estados Membros da Organização. A isso se soma a consideração do direito internacional como possuindo amplas fontes, como o costume, convenções e tratados juridicamente vinculantes e, não menos, resoluções de organismos internacionais. “*Even when they are framed as general principles, resolutions of this kind provide a basis for the progressive development of international law and the speedy consolidation of customary rules*” (BROWNLIE, 2003, p. 15).

Também é possível pensar nesses instrumentos não juridicamente vinculantes como complementares a outros que possuem a vinculação em sua natureza. Princípios elaborados pela Assembleia Geral e o ECOSOC, por exemplo, nas áreas de conduta de oficiais de execução da lei, promotores ou independência de juízes e advogados, por exemplo, abordam, em maior detalhe, questões mencionadas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e políticos. Outro exemplo são os Princípios básicos e diretrizes sobre o Direito à Remediação e Reparação para Vítimas de Grandes Violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário (A/RES/60/147) que, embora tenham escopo mais amplo que o sistema de justiça criminal, suplementam o artigo 14(6) do Pacto Internacional.

As interdições em qualquer zona marítima são, essencialmente, ações de *law enforcement*, cujos desdobramentos imediatos se dão no âmbito da justiça penal – mesmo que a Convenção de 1982 afirme, por exemplo, que violações pesqueiras devam ser tratadas em âmbito administrativo. As normas que não são juridicamente vinculantes aqui relacionadas o foram pela relevância que possuem com as ações de restrição da liberdade de navegação. Mesmo que, em todos os casos abordados no próximo capítulo e na Assembleia Geral não tenham sido evocadas, o propósito é mostrar como estão relacionadas com as diversas situações encontradas no contexto da liberdade de navegação. Portanto, reforçam o argumento

de que não é possível dissociá-las do direito do mar nessa situação específica pelo fato de que complementam a interpretação sobre a ação dos atores no ambiente marítimo. Isso também reforça a compreensão de *rule of law*, do capítulo anterior, segundo a qual direitos humanos – área que permeia os instrumentos jurídicos relacionados na Tabela 2, abaixo – são transversais aos outros componentes da definição de *rule of law*.

Sendo assim, se, por um lado, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar é clara quanto às circunstâncias nas quais se pode restringir a liberdade de navegação, o direito internacional também possui normativas que direcionam o que acontece depois dessa ação de intervenção. Parte dessas diretrizes estão contidas em normas juridicamente vinculantes, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – sobre o qual foi dedicada a seção 3.3.1 – e também, à luz das interpretações de Brownlie (2003) e Cançado Trindade (2014), instrumentos não-vinculantes tais como resoluções emitidas pela Assembleia Geral da ONU e o ECOSOC. O artigo 14 do Pacto Internacional é primordial, mas como existem normas a ele complementares, deve-se tê-las em mente. Essas normas dizem respeito ao tratamento de prisioneiros, uso da força nos processos de *law enforcement* e quando ou não se deve fazer uso da privação de liberdade, entre outras. A previsibilidade e ordem nas ações de restrição à liberdade de navegação também deveriam ser geradas por meio da observância de normas de conduta elencadas em princípios e normas tais como os elencados na Tabela 2. Como consequência, haveria isonomia de tratamento entre os atores.²⁶

Tabela 2 – Seleção²⁷ de instrumentos não vinculantes da ONU

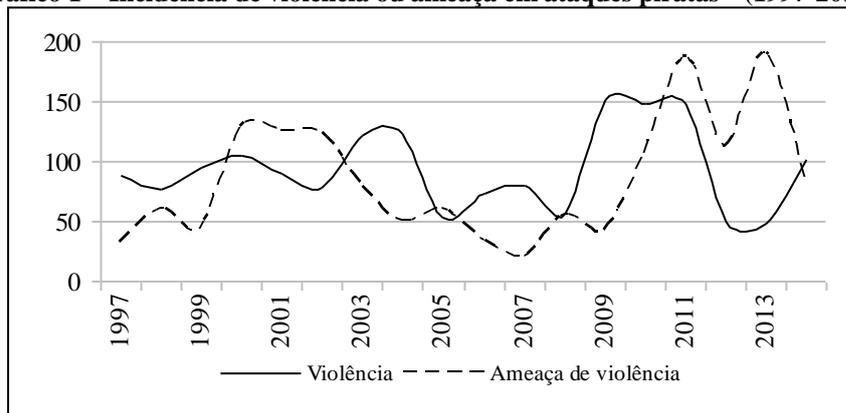
Instrumento	Publicação
Princípios básicos e diretrizes sobre o Direito à Remediação e Reparação para Vítimas de Grandes Violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário	A/RES/60/147
Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão	A/RES/43/173
Princípios básicos sobre o uso de força e de armas de fogo por agentes responsáveis pela aplicação da Lei	VIII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal
Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros	E/RES/2076(LXII)
Status de cidadãos estrangeiros em procedimentos penais	ECOSOC Resolução 1998/22
Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas Não-Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)	A/RES/45/110
Princípios e Diretrizes das Nações Unidas sobre o acesso à assistência jurídica nos sistemas de justiça penal	A/RES/67/187

²⁶ O caso do *M/V Virginia G*, tratado no próximo capítulo, por exemplo, mostra uma situação onde não houve isonomia de tratamento em comparação com outras embarcações. Outro exemplo seria quando parte da tripulação é permitida retornar ao país de origem e outra permanece em território estrangeiro.

²⁷ Seleção feita pelo autor com base na aplicabilidade à análise feita nessa dissertação.

Os instrumentos da Tabela 3 merecem particular atenção também pela frequência em que esses temas são envolvidos nas discussões sobre restrições à liberdade de navegação. Em primeiro lugar, os casos avaliados no próximo capítulo envolvem a detenção da tripulação de navios. Não só a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar o proíbe, no artigo 73 (vide supra) a prisão como pena para infrações no mar, como tal disposição é frequentemente ignorada pelos Estados – o que pode explicar o discurso da delegação mexicana, referido na seção 3.4.3, abaixo, exigindo respeito aos direitos das tripulações de embarcações em todo o mundo. Independentemente do motivo do discurso mexicano, o importante é notar a frequência do uso da privação de liberdade nessas situações. Isso pode ser interpretado à luz da resolução do ECOSOC sobre o status de cidadãos estrangeiros em procedimentos penais, bem como das Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros. No primeiro caso, a resolução sobre o status dos cidadãos estrangeiros claramente urge os Estados a facilitarem o retorno dos suspeitos ou réus a seus países de origem, a não ser que isso seja estritamente necessário. Considerando que, primeiramente, as infrações pesqueiras devem ser tratadas no âmbito administrativo e que Estados dispõem de amplos mecanismos de cooperação jurídica em matéria penal²⁸ – desde a investigação até cumprimento da pena –, condutas como as relatadas no próximo capítulo não estão em conformidade com essa resolução do ECOSOC. Cabe considerar, ainda, o fato de que, em circunstâncias específicas, as pessoas privadas de liberdade tem o acesso a direitos restritos, como pessoas que vieram a óbito no caso do *Volga* (ver próximo capítulo). Além das Regras Mínimas, o Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão também complementa essa análise acerca da situação de pessoas privadas de liberdade.

²⁸ Exemplos incluem a assistência jurídica recíproca, transferência de procedimentos ou exercício jurisdicional do Estado pavilhão, extradição e transferência de pessoas condenadas, por exemplo. No caso do exercício jurisdicional do Estado pavilhão, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, em opinião consultiva proferida em 2011, dentre outras questões, julgou admissível a responsabilização de um Estado por atos cometidos por suas embarcações em zonas marítimas de outros países.

Gráfico 1 – Incidência de violência ou ameaça em ataques piratas²⁹ (1997-2014)

Fonte: Dados da OMI (1997-2014) compilados pelo autor.

A questão da pirataria, amplamente discutida no âmbito da Assembleia Geral da ONU (seção 3.4 abaixo), não foi abordada sob a perspectiva de se indenizar vítimas da pirataria, embora houvesse ampla discussão sobre a necessidade de coibir a ação de piratas – particularmente os da Somália. Adotando o olhar de direitos humanos e dos princípios da Assembleia Geral sobre reparação e remediação, percebe-se a falta de uma preocupação com o indivíduo, seja ele passageiro ou tripulante de uma embarcação, vítima de um ataque pirata. Dados da Organização Marítima Internacional (OMI) mostram, no Gráfico 1, uma alta incidência de violência ameaça de seu uso contra a tripulação ou passageiros de embarcações atacadas por piratas no período aqui analisado. Isso reflete, intrinsecamente, a necessidade de se indenizar ou compensar o sofrimento e restrição de direitos sofridos pelas vítimas de pirataria.

Também cabe considerar a forma como se observa o princípio da proporcionalidade no uso da força em ações de interdição. No julgamento do *M/V Saiga*, que será abordado no próximo capítulo, o ITLOS abordou o uso da força por parte de Estados. Não tendo sido objeto da deliberação do Tribunal, o uso individual da força contra a tripulação esteve presente em mais de um caso – tais como o *M/V Virginia G*, *Arctic Sunrise* e o próprio *M/V Saiga*. Considerando que no caso do *Virginia* houve alegações (vide Capítulo 4) de que os oficiais Bissau-guineenses não se identificaram como tais, ressalta-se a seguinte disposição dos Princípios básicos sobre o uso de força e de armas de fogo por agentes responsáveis pela aplicação da Lei:

[...] law enforcement officials shall identify themselves as such and give a clear warning of their intent to use firearms, with sufficient time for the warning to be

²⁹ Os números apresentados refletem a incidência de violência ou ameaça do uso da violência em casos de pirataria ou tentativas de ataques piratas, e não o número de vítimas ou indivíduos envolvidos.

observed, unless to do so would unduly place the law enforcement officials at risk or would create a risk of death or serious harm to other persons, or would be clearly inappropriate or pointless in the circumstances of the incident (Princípio 10).

Por último, cabe destacar os Princípios sobre Acesso à Justiça. Independentemente do disposto no artigo 73 da Convenção de 1982, referente à não imposição de penas privativas de liberdade, processos penais, em conformidade com o artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, devem garantir o amplo acesso à defesa para os suspeitos. Isso vai a encontro das disposições dos Princípios sobre Acesso à Justiça (A/RES/67/187).

Assim como afirmado no capítulo anterior, a consideração sobre *rule of law* deve ser um conceito analisado com base em um direito internacional harmônico, no qual diferentes esferas não são consideradas de forma isolada. Se, por um lado, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar traz diretrizes claras sobre restrições à liberdade de navegação, uma análise meramente procedimental com base na Convenção ignora direitos dos atores envolvidos, obrigações *erga omnes* provenientes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e prejudica a isonomia de tratamento, consequência direta da aplicação errática – logo, imprevisível – do direito internacional. Isso, por sua vez prejudica a manutenção de um equilíbrio entre os atores que se pauta no respeito a seus respectivos direitos. Portanto, essa seção mostra que uma análise com várias lentes é possível no caso das restrições à liberdade de navegação e que, sendo seguida, contribui para atingir o ideal de *rule of law* – que, não sendo possível na realidade, deve ser almejado.

3.4 Políticas de Estados sobre liberdade de navegação na Organização das Nações

Unidas

Esta seção tem o objetivo de aferir a forma como *rule of law* e seus princípios constituintes são incorporados nas políticas de Estados nas Nações Unidas, especificamente no que diz respeito à liberdade de navegação. Para essa análise, foram consultados, primeiramente, os Relatórios do Secretário-Geral sobre Direito do Mar e Oceanos, além de relatórios do Processo Aberto de Consultas Oficiosas sobre o mesmo tema. Esses relatórios são fornecidos aos Estados Membros como subsídios para as reuniões plenárias sobre oceanos e direito do mar, que os levam em consideração e, em última instância, se refletem nas resoluções da Assembleia Geral.

Mesmo que a Assembleia Geral constitua um foro universal, não são todos os Estados que fazem uso do direito de fala. Ainda assim, nem todos os Estados que participam

das discussões sobre direito do mar abordam o tema de liberdade de navegação e questões correlatas para uma análise com base no princípio de *rule of law*. Por esse motivo, optou-se por realizar uma análise qualitativa dos documentos, buscando relações entre a liberdade de navegação e referências a outros componentes do conceito de *rule of law* apresentado no Capítulo 2 dessa dissertação.

3.4.1 Relatórios do Secretário-Geral das Nações Unidas

Em sua resolução 49/28, a Assembleia Geral das Nações Unidas solicitou ao Secretário-Geral que elaborasse, anualmente, um relatório sobre a implementação da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar e outros assuntos pertinentes sobre os oceanos e o direito do mar. Desde então, o Secretário-Geral das Nações Unidas (SGNU) tem produzido relatórios anuais e, a partir de 2001, as publicações têm ocorrido duas vezes ao ano. O teor dos relatórios foi alterado durante o período aqui analisado (1997-2014), embora alguns temas sejam recorrentes. Entre eles, é possível destacar a conservação do meio-ambiente marítimo, disputas e delimitações territoriais, navegação em geral e segurança marítima, em cujo contexto se podem enquadrar restrições à navegação. A apresentação desse relatório pauta as discussões da Assembleia Geral sobre o direito do mar e outros temas sobre os oceanos durante a vigência de sua sessão, cujo início é em setembro e termina em agosto.

De modo geral, os relatórios do SGNU apontam, no tocante à liberdade de navegação, que Estados respeitam o resguardado na Convenção de 1982. Poucos incidentes relativos às restrições foram relatados. Isso se constata apesar de o SGNU mostrar, até 2004, dificuldades de harmonização de legislações nacionais em conformidade com as disposições da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. Os relatórios não são específicos com relação aos países, embora no ano de 1998 haja uma referência específica a um deles: a França, que figura em pelo menos três dos casos analisados no próximo capítulo. O relatório do ano de 2001 afirma, com referência explícita à legislação francesa, que “*the practice of some coastal States of requiring notification by foreign fishing vessels when transiting the exclusive economic zone is considered to be inconsistent with the right of navigation recognized to all vessels in the zone, as provided in article 58 of UNCLOS*” (A/56/58, par. 270). No ano de 2001 haviam 135 Estados Partes à Convenção, com o instrumento devidamente incorporado a seus respectivos ordenamentos jurídicos.³⁰ Desses 135 países, de acordo com o relatório do SGNU, dez não respeitavam as disposições da Convenção de 1982 no tocante à delimitação

³⁰ Incorporação por ratificação, ascensão, sucessão ou aceitação.

do mar territorial, com limites superiores às 12mn lá estabelecidas, de acordo com a Tabela 3, abaixo. Toma-se o mar territorial como exemplo porque, sendo uma expressão espacial *mare clausum*, efetivamente interfere nos direitos de liberdade de navegação de outros Estados. Além disso, disposições distintas sobre o mar territorial, contrárias às disposições da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, afetam a capacidade de terceiros para prever o comportamento sobre as zonas que possam atravessar, com consequências para a ordem nos oceanos. Ressalta-se, ainda, que isso também gera tratamento diferenciado, de acordo com o Estado em cuja costa ou águas adjacentes se esteja navegando.

Tabela 3 – Países com extensão irregular do mar territorial (2001)

País	Extensão (mn)
Benin	200
Congo (Rep. do)	200
El Salvador	200
Equador	200
Libéria	200
Nicarágua	200
Peru	200
Somália	200
Síria	35
Togo	30

Em relatórios posteriores ao de 2001, até 2014, o Secretário-Geral se absteve de mencionar países específicos em comentários semelhantes àquele em que a França foi citada ou tabelas comparativas como a apresentada no relatório A/56/58. Até o ano de 2008, entretanto, o SGNU fez referências, em todos os relatórios, à necessidade de harmonização da legislação interna dos Estados, o que reflete sua preocupação com o respeito ao direito internacional e compromisso com previsibilidade, ordem e isonomia. Além disso, trata-se de impedir que Estados acumulem poderes excessivos com relação às zonas específicas, ou seja, poderes não previstos pela Convenção, e garantindo o equilíbrio. Outra questão que mereceu atenção, no ano de 2007 – e também se refletiu nos debates da Assembleia Geral – foram planos da Austrália de adotar a obrigatoriedade do uso de práticos qualificados para a navegação no Estreito de Torres, efetivamente prejudicando a liberdade de navegação ao condicioná-la à aquisição de serviços daqueles profissionais. Essa questão será abordada em maior detalhe na seção 3.4.3, embora o potencial de estabelecimento de precedente por parte de Camberra não se tenha concretizado.

Após o ano de 2001 e, reforçado pela ausência referências específicas à liberdade de navegação, pode-se presumir que esse direito, *strictu sensu*, foi, geralmente, respeitado pelos Estados. A isso também se soma o fato de que as poucas circunstâncias em que houve

disputas com relação à liberdade de navegação foram levadas ao Tribunal Internacional para o Direito do Mar, desde sua criação em 1997. Não houve, no período entre 1997 e 2014, disputas submetidas a outros meios de resolução previstos na Convenção de 1982.

Considerando a abordagem sobre *rule of law*, conceituado no capítulo anterior, que contém direitos humanos como tema transversal, cabe destacar a forma como foi abordado pelo SGNU no período aqui analisado. A transversalização de direitos humanos também contribui para impedir o acúmulo excessivo de poder por parte de Estados e indivíduos, garantindo um equilíbrio. Direitos humanos aparecem, nos relatórios de 1997 a 2014, de forma tangencial. De fato, o objetivo do SGNU é tratar de temas dos oceanos e direito do mar, salvo em circunstâncias específicas. Essas circunstâncias se dividem em dois tipos, sendo o primeiro sobre constatações gerais sobre o equilíbrio entre a necessidade do Estado de agir em prol da segurança e os direitos dos envolvidos, tal como expresso pelo SGNU no ano de 2006 (A/61/63, par. 98):

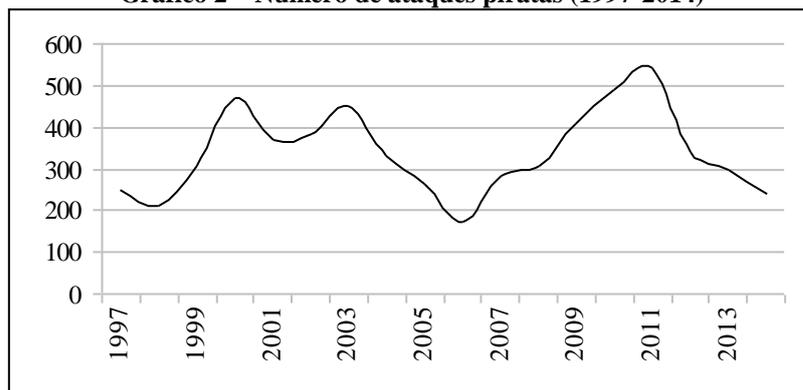
A number of safeguards must be met when a State party takes measures against a ship, such as the requirement not to endanger the safety of life at sea, to ensure that all persons on board are treated in conformity with international law, including human rights law, to conduct a boarding and search in accordance with applicable international law, to advise the master of a ship of its intention to board and to afford him/her the opportunity to contact the ship's owner and the flag State at the earliest opportunity. The use of force is to be avoided...

O segundo tipo de circunstância que evoca questões de direitos humanos nos relatórios do Secretário-Geral diz respeito ao contrabando de migrantes e tráfico de pessoas. Desde o relatório de 1997, até o de 2014, tornaram-se temas recorrentes, embora não estivessem tratados da mesma forma. Até o ano de 2003, havia pouca consolidação da diferenciação entre os termos, estando o contrabando de migrantes classificado como “*smuggling of aliens*”. A partir do relatório A/58/65, o contrabando de migrantes passa a ter uma seção própria. Em conformidade com as disposições do protocolo específico à Convenção Contra o Crime Organizado, a restrição à liberdade de navegação, daquele ponto em diante, é abordada como um meio para garantir o direito das pessoas contrabandeadas, uma vez que são, frequentemente, expostas a condições perigosas de viagem. O relatório de 2006, em particular, ressalta essa questão e o fato de que “*States are required to comply with international human rights law and refugee law and the principle of non-refoulement*” em ações de interdição (A/61/63, par. 83). O SGNU, portanto, também adota a noção, visível nessa afirmação e nesse relatório, em particular, de que ações de interdição também estão ligadas a outras esferas do direito internacional, lembrando que migrantes resgatados não

devem ser repatriados sem o devido respeito a suas circunstâncias humanitárias. Pautando, em 2011, a ligação entre tráfico de pessoas, contrabando de migrantes e a indústria pesqueira, o Secretário-Geral também reforça a ideia de que podem haver motivos para o cuidado com as pessoas abordo nos casos de interdição.

Há, ainda, o papel que a pirataria tem no contexto da liberdade de navegação e sua restrição. Trata-se de um tema para o qual duas percepções relacionadas podem ser extraídas. Constitui um problema de segurança para os Estados, tal como afirmado, repetidamente, nos relatórios do Secretário-Geral (1997-2014). Os gráficos abaixo mostram como o problema da pirataria, com padrão cíclico, não deixou de existir durante o período aqui abordado. O número de ataques em 1997 é semelhante ao de 2014, embora haja flutuações no período influenciadas, por exemplo, pelo incremento da atuação de indivíduos na costa oriental da África (especificamente oriundos da Somália). Os relatórios de 2007 a 2014 enfatizam a questão somali, assim como a resposta internacional.

Gráfico 2 – Número de ataques piratas (1997-2014)



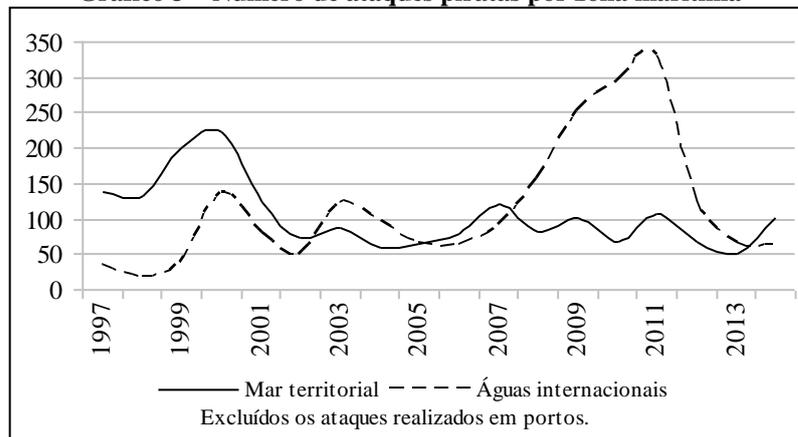
Fonte: Dados da OMI (1997-2014) compilados pelo autor.

A abordagem do componente de direitos humanos de *rule of law*, na maioria das vezes em que foi mencionada, aqui, aponta para a subversão do indivíduo, em prol do Estado ou de outros atores como corporações no âmbito das restrições à liberdade de navegação. Isso ocorre pelo fato de que o direito do mar, expresso unicamente pela Convenção, não leva em consideração os direitos inerentes à pessoa humana nesses processos, sendo necessário recorrer aos instrumentos mencionados na seção 3.3 desse capítulo. Por outro lado, a pirataria mostra uma tentativa, por parte de indivíduos, de prejudicar seus pares, pessoas jurídicas e Estados. A análise da aplicação do conceito de *rule of law* não ficaria completa, portanto, se fosse ignorado o dever que indivíduos também tem em permitir a liberdade de navegação em todos os aspectos. A pirataria é uma forma de restrição que põe em risco o respeito ao direito do mar e, também, aos direitos humanos das respectivas tripulações, além de prejudicar o

fluxo de bens e serviços de pessoas jurídicas. Também pode ser interpretado como uma tentativa de subversão do poder do Estado e de seu dever de garantir a segurança no mar. Trata-se, portanto, de uma questão com relacionamento multifacetado com *rule of law*. Destaca-se a devida consideração do SGNU aos diferentes atores envolvidos, assegurando seu tratamento isonômico. De acordo com o Secretário-Geral (A/63/63, par. 54),

Piracy and armed robbery against ships threaten maritime security by endangering, in particular, the welfare of seafarers and the security of navigation and commerce. These crimes may result in the loss of life, physical harm or hostage-taking of seafarers, significant disruptions to commerce and navigation, financial losses to shipowners, increased insurance premiums and security costs, increased costs to consumers and producers, and damage to the marine environment. Such attacks have widespread ramifications, preventing humanitarian assistance and increasing the costs of future shipments to the affected areas. For example, recent incidents of piracy and robbery against ships off the coast of Somalia have disrupted critical shipment of food aid by the World Food Programme.

Gráfico 3 – Número de ataques piratas por zona marítima



Fonte: Dados da OMI (1997-2014) compilados pelo autor.

A divisão entre o mar territorial e águas internacionais utilizada pela OMI, refletida no Gráfico 3, representa o problema da pirataria do ponto de vista da liberdade de navegação. No mar territorial, *mare clausum*, as circunstâncias para impedir a navegação são mais numerosas, assim como apresentado na seção 3.2. Além do mar territorial, o número é ainda menor. Após 2007, contudo, houve maior atuação de piratas em águas internacionais, de acordo com a OMI. O Gráfico 1, página 62, em contrapartida, reflete o problema do ponto de vista humano. O Secretário-Geral, ainda, destaca a necessidade de respeito do devido processo legal para acusados de pirataria e destaca trabalhos que vinham sendo feitos, em 2011, para melhorar as condições em que esses indivíduos eram julgados.

No período aqui analisado, os relatórios do Secretário-Geral das Nações Unidas destacam um respeito generalizado à liberdade de navegação, salvo em casos específicos.

Seus relatórios permitem, ainda, que outras dimensões sejam dadas, mesmo que não explicitamente ligadas à liberdade de navegação. Tratam do direito internacional de forma ampla, mesmo que suas referências a direitos humanos sejam genéricas e não cite tratados ou outros instrumentos de direito internacional em particular – e isso influi em tratamento isonômico entre os atores. Também é possível abordar os distintos problemas apresentados nos relatórios considerando seus impactos para a previsibilidade e ordem, especialmente no tocante à harmonização do direito internacional no início do período analisado que, por sua vez, tem reflexos na garantia do equilíbrio buscado pela Convenção de 1982. Portanto, é possível constatar um esforço do Secretário-Geral em prol de *rule of law* de forma indireta, uma vez que somente seus elementos constituintes são invocados em seus relatórios.

3.4.2 *Processo Aberto de Consultas Oficiosas*

Em sua resolução 54/33, a Assembleia Geral da ONU instituiu o Processo Aberto de Consultas Oficiosas, com a finalidade de fornecer opiniões construtivas à AGNU em temas dos oceanos, com base nos relatórios produzidos pelo Secretário-Geral (e que foram considerados na seção imediatamente anterior). O Processo Aberto, por meio dessa resolução, foi aberto a todos os Estados Membros da ONU, Estados Partes à Convenção da ONU e outras organizações que tenham recebido status de observadoras na AGNU. Isso permitiu, de fato, que instituições com diversas agendas pudessem participar desse Processo Aberto, iniciado no ano 2000.

O próprio estabelecimento do Processo Aberto de Consultas Oficiosas deve ser entendido como um esforço, por parte da Assembleia Geral, de ouvir outros atores que, no âmbito do período abordado, compreenderam instituições científicas, agências da ONU e, também, organizações da sociedade civil em diversas áreas – desde a preservação ambiental até direitos humanos. Constitui, portanto, uma forma de garantir a isonomia e participação de atores não-estatais, por exemplo. Isso tem impactos positivos sobre a forma como contribuem em contraponto (embora muito limitado) ao poder dos atores tradicionais, mas deve-se ressaltar que o processo é *consultivo* e que não há poder deliberativo, conforme a resolução A/RES/54/33 – ou seja, a isonomia e influência para cercear o poder arbitrário são limitados pela supremacia do Estado no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Sendo assim, as instituições presentes, em algumas circunstâncias, fizeram contribuições pontuais na direção de *rule of law* e do contexto de liberdade de navegação aqui utilizado para ilustrar esse conceito. A primeira sessão do processo teve uma referência

específica à questão da necessidade de combater a pesca irregular, não declarada e não regulamentada, caracterizando o fenômeno como uma das bases para a restrição da liberdade de navegação. Depreende-se, com isso, um debate implícito sobre a importância de se equilibrar o direito à liberdade de navegação com a capacidade de Estados de protegerem seus recursos vivos e o acesso a eles por parte de suas populações. São equilíbrios transversais à Convenção de 1982. Dois anos mais tarde,

[...] some delegations stressed the importance of good governance — e.g., rooting out corruption, **upholding human rights and adhering to the rule of law** — for successful sustainable development and noted that that theme was a central focus of the World Summit on Sustainable Development, adding that one of the cornerstones of sustainable development involved the establishment of the domestic institutional, legal and regulatory infrastructure needed to manage natural resources effectively (A/57/80, par. 59, grifo meu).

Cumprindo com seu papel de foro consultivo, o Processo Aberto também fez recomendações de inclusão de certos temas nas resoluções da Assembleia Geral. No ano de 2008, por exemplo, os debates reforçaram o disposto em resoluções do Conselho de Segurança, sobre pirataria na Somália, no que diz respeito aos limites dos poderes de Estado. As resoluções criadas no âmbito da Somália não tinham o objetivo de criar poderes acima do direito internacional, e que tais decisões

shall not affect the rights or obligations or responsibilities of Member States under international law, including any rights or obligations under the Convention, with respect to any other situation and underscores in particular that it shall not be considered as establishing customary international law (A/63/174, par. 8c).

Destaca-se, ainda, a opinião, expressa na reunião de 2012, de que a liberdade de navegação constitui um tema de preocupação em nível internacional. Certos temas, como a repressão a pescadores, tal como relatado do processo, podem ser considerados com medidas nacionais, ao contrário da liberdade de navegação em sentido amplo. Essa discussão, naquele ano, foi tida no contexto dos impactos de medidas protetivas e de exploração dos recursos naturais na liberdade de navegação. Isso reforça a compreensão de que a liberdade de navegação nos oceanos é encarada como bem comum e que, portanto, deve se manter o equilíbrio dado na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar entre direitos e deveres de todos os atores – sejam eles Estados ou outros que possuam interesse na navegação e exploração, evitando preponderância de poder de um sobre outros.

O Processo Aberto de Consultas Oficiosas aborda uma série de temas. A preservação do meio marinho foi dominante desde sua abertura, em 2000, até o último ano do período coberto por essa dissertação – 2014. O patrimônio comum pressupõe um equilíbrio de uso

coletivo, impedindo que haja um acúmulo sobre seu uso e garantindo o acesso isonômico a seus frutos. Portanto, é uma preocupação ligada a *rule of law*. Considerando as limitações de participação, mesmo sendo um processo aberto, e a forma como seus relatórios são redigidos, não é possível gerar uma análise quantitativa. Pelos discursos, entretanto, percebe-se uma preocupação não só com o equilíbrio e manutenção do direito internacional, mas também do direito dos diferentes atores – inclusive os indivíduos, tal como evidenciado pela primeira citação dessa seção, do ano de 2002. Em anos posteriores essa tendência foi seguida, com referências mais explícitas também em 2006 e 2007, cujo foco era o equilíbrio entre direitos dos Estados e dos trabalhadores da indústria marítima– i.e., direitos humanos.

3.4.3 Debates na Assembleia Geral das Nações Unidas

A Assembleia Geral da ONU possui, em cada sessão (que vai de setembro a agosto), um item em sua pauta denominado “oceanos e direito do mar”. Todos os Estados Membros têm o direito de se pronunciar durante essa sessão, motivo pelo qual, no âmbito da ONU, motivo pelo qual expõe uma isonomia parcial nesse foro. Denomina-se essa isonomia como parcial pelo fato de que, embora todos os Estados tenham o direito de se pronunciar, somente Estados têm acesso, estando outras organizações limitadas ao ambiente consultivo do Processo Aberto, abordado na seção anterior. Também é importante considerar que, apesar do direito de fala ser igualitário, não são todos os Estados Membros que dele fazem uso – sendo esse também um dos fatores que limita uma análise quantitativa fidedigna das contribuições na Assembleia Geral.

Durante os debates do período aqui abordado (1997-2014), destacam-se três temas recorrentes. O primeiro diz respeito à liberdade de navegação *per se*, particularmente no que diz respeito a tentativas de reinterpretação de certas disposições da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar – como a navegação em estreitos. A esse tema se somam questões relacionadas à segurança, desde a pirataria e migração até o transporte de substâncias perigosas. O debate sobre segurança também inclui, por exemplo, os usos da ZEE por embarcações militares e navegação nessa zona. Por último e, em número significativamente menor, a relação entre direitos humanos e os outros dois temas. De forma transversal e, também, implícita, é possível identificar questões diretamente relacionadas a *rule of law*, como o equilíbrio de poder, isonomia e previsibilidade e ordem.

Tal como apontado nos primeiros Relatórios do Secretário-Geral, as primeiras sessões da AGNU no período abordado têm referências de vários Estados às diferenças entre

legislações nacionais e a Convenção no que diz respeito à legislação. Logo na sessão de 1997, a União Europeia se pronunciou sobre essa questão, fazendo uma referência específica sobre como inconformidades com o direito internacional levam à diminuição da liberdade de navegação. Nos dois anos seguintes, Noruega e Rússia ecoaram essa afirmação, tendo a questão de harmonização desaparecido nos anos posteriores. Ao mesmo tempo em que desaparece, a harmonização acaba sendo substituída por controvérsias sobre a interpretação da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar no que tange às regulamentações sobre proteção do ambiente marítimo e seus impactos sobre a liberdade de navegação. Pode-se observar, inclusive, debates precoces sobre questões que tomaram dimensão maior no período entre 2012 e 2014, como é o caso do Mar do Sul da China. Em 2001, por exemplo, o Vietnã reclamou sobre estabelecimentos jurisdicionais de forma unilateral pela China naquela região, o que tem implicações diretas sobre os direitos de navegabilidade de outros Estados. Não houve, nos anos seguintes, maiores debates na AGNU sobre o Mar do Sul da China, mas o importante da sugestão do Vietnã é, precisamente, o caráter unilateral de um país, arbitrário em termos de poder e impedimento do direito dos demais de usufruir da navegação e também dos recursos vivos e não vivos de determinada seção dos oceanos. O unilateralismo é nocivo à influência de *rule of law*, como já foi abordado no Capítulo 2 dessa dissertação. O discurso do delegado de Cingapura, em 2004, foi claramente contra de ações unilaterais que eram tomadas com o propósito de alterar os direitos coletivos existentes na região para benefícios próprios e arbitrários. O discurso do representante da Tailândia em 2009, embora não sendo uma referência direta à China,³¹ chama a atenção para o aspecto proporcional que se deve ter na regulamentação da navegação. Ao reconhecer que o direito de regulamentação nessa zona, a Tailândia afirmou que

[...] measures taken by a coastal State to ensure compliance with those laws and regulations should be proportionate to and in line with the provisions of Article 73 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, relating to enforcement of laws and regulations of the coastal State, including the fundamental principle of due process of law (A/64/PV.57, p. 4-5).

A forma como o representante da Rússia colocou o tema da regulamentação também chama a atenção para o modo como o direito à liberdade de navegação parece ser uma das bases da Convenção, resguardadas as restrições *razoavelmente* aceitáveis: “*We think it necessary to emphasize that addressing regulatory lacunae for particularly sensitive sea areas should not result in the restriction of the legitimate rights and interests of other States.*”

³¹ A Tailândia não possui disputa com a China sobre zonas marítimas.

That applies in particular to the principle of freedom of navigation” (A/59/PV.56, p. 2). Essa questão é evidenciada pelas discussões que ocorreram sobre estreitos internacionais utilizados para a navegação.

As discussões sobre liberdade de navegação na Assembleia Geral tiveram, como pano de fundo, questões regulatórias acerca do direito à liberdade de navegação. Uma questão que ocupou os debates até a 64ª Sessão da AGNU foi a navegação através de estreitos. Assim como afirmado na seção 3.2.1, estreitos constituem uma exposição da corrente *mare clausum*, embora a Convenção estabeleça liberdade de passagem. Até o ano de 2009, uma proposta da Austrália gerava grau considerável de controvérsia. Camberra determinou que embarcações que atravessassem o Estreito de Torres fossem obrigadas a contratar o serviço de práticos australianos especializados nas características geográficas e geológicas daquela região. Fundamentou sua decisão na necessidade de preservação de um ambiente marinho delicado e cuja proteção havia se tornado estratégica. Entretanto, tal medida teria implicações diretas sobre a liberdade de navegação – não só estariam as embarcações obrigadas a navegar somente com o apoio de práticos, mas isso também, certamente, teria implicações financeiras para as embarcações que transitavam pelo Estreito de Torres.

De todos os países que discursaram, até o ano de 2009, sobre a questão do Estreito de Torres – e que podia ter implicações para a navegabilidade de outros estreitos – apenas os Estados Unidos se mostraram favoráveis à navegação com uso de práticos especializados. Entre aqueles que se posicionaram de forma contrária estão Coreia do Sul, Cuba, Índia, Japão, Rússia e Cingapura. Em determinado momento (2004) houve referência a uma coalizão de 23 países que já haviam se posicionado contra as medidas australianas. Entretanto, cabe ressaltar a análise do governo de Cingapura sobre a questão (A/61/PV.71, p. 13):

Australia’s actions threaten the delicate balance in UNCLOS between the interests of coastal States and the interests of user States in straits used for international navigation. These actions could also encourage other States to act similarly for other straits used for international navigation. The regime in Part III, on straits used for international navigation, is one of the most important compromises achieved in the many years of negotiations leading to the adoption of UNCLOS. Transit passage is vital to the commercial and security interests of major maritime States. It is also vital to the commercial shipping community.

A afirmação do governo de Cingapura se baseia na seguinte análise, por ele também feita (A/61/PV.71, p. 12):

During UNCLOS negotiations on straits used for international navigation, coastal States were allowed to extend the territorial sea adjacent to their coast to 12 nautical miles. That gives them fairly broad jurisdictional powers to regulate ships passing through their territorial sea. However, UNCLOS also specifically provides that if

part of the territorial sea comprises a strait used for international navigation, such as the Torres Strait, the sovereignty and jurisdiction of the States bordering such strait must be exercised subject to the provisions of part III of UNCLOS.

Essa questão, portanto, se relaciona com alguns elementos do conceito de *rule of law* trabalhado nessa dissertação. Há uma discussão interpretativa sobre o próprio teor da norma específica do direito internacional. Além disso, a referência ao cerceamento do poder arbitrário, tal como feita por Cingapura, é importante pois diz respeito ao princípio de que Estados não podem realizar ações de forma unilateral, sem respaldo na norma vigente – ou seja, a Austrália não tem o poder de, sozinha, interpretar o direito internacional da forma que mais lhe convier. Isso também traz consequências para a isonomia – nem todos os atores que transitam pelo Estreito de Torres podem ter as condições financeiras de arcar com custos de práticos, o que os obrigaria a tomar rotas mais longas, efetivamente restringindo sua liberdade de navegação. Tratar-se-ia de uma medida discriminatória e arbitrária. Tais ações também tem a capacidade de dirimir a previsibilidade e ordem. As ações australianas tinham a possibilidade de estabelecer precedente que colocaria em risco a forma como Estados interpretam a Convenção, assim como alterar a ordem então vigente.

No que diz respeito à regulação por substâncias perigosas, destaca-se a posição recorrente e firme da comunidade de Estados Caribenhos, sempre representados pela Jamaica, de que seu ecossistema possuía características delicadas e que, portanto, não aceitariam que embarcações com produtos prejudiciais transitassem por suas águas. Em uma ocasião, o Uruguai adotou postura semelhante. Entretanto, cabe ressaltar que tais disposições se mostram contrárias às partes correspondentes da Convenção. Estados ribeirinhos possuem direitos, apenas, de impor precauções especiais, estando o tráfego além do mar territorial permitido. Essa questão, entretanto, não adquiriu o caráter controverso da navegação através de estreitos.

De forma semelhante ao abordado na seção 3.4.1, os debates na Assembleia Geral mostraram uma preocupação considerável com temas de segurança – notadamente a pirataria. Destaca-se, nesse contexto, a forma como o tema é abordado sob a égide da segurança. O número de ataques piratas não foi constante durante o período, tal como mostraram os gráficos da seção 3.4. Identificam-se dois períodos com picos de atuação de piratas, mas o tema é discutido de forma constante na Assembleia Geral, o que mostra que a preocupação não se restringiu aos períodos com maiores números de ataques. A pirataria é o único tema em que há posição semelhante por parte dos Estados que discursaram na AGNU durante o período de 1997-2014. O que não é recorrente, contudo, é a ligação entre pirataria e direitos humanos – ou pelo menos um aspecto humano do combate à pirataria e a ameaça que

representa. Em 2004, o Japão expressou preocupação pelo fato de que o uso da violência havia aumentado, mas somente em 2006 a Tanzânia expressou, pela primeira vez no período abordado nessa dissertação, consideração pela dimensão humana do problema da pirataria. A manifestação mais próxima do que se entende por *rule of law* nessa dissertação foi dada pelo representante da Ucrânia no ano de 2007:

We believe that effective anti-piracy measures and the protection of human rights are not conflicting goals, but complementary and mutually reinforcing. Protecting the rights of victims of piracy attacks should be a matter of the utmost concern for States and international institutions (A/64/PV.57, p. 12-13).

O contrabando de migrantes e tráfico de pessoas também tem sido recorrentemente citados pelos países desde o início do período abordado. Entretanto, a questão tem sido abordado mais desde o ponto de vista da segurança, com Estados clamando pela luta contra esse tipo de atividade ilícita e fazendo comentários superficiais como os de Cuba: “*The State of Cuba has strong institutions and legislation to address maritime crime, particularly the illegal narcotic and psychotropic drugs trade, ilegal human trafficking, and piracy*” (A/65/PV.58, p. 18). O componente humano, que geralmente é invocado no Protocolo contra o Contrabando de Migrantes e nas disposições sobre o alto mar da Convenção sobre o Direito do Mar, não são tidos como marco pelos Estados nas discussões da Assembleia Geral.

A preservação dos recursos vivos da zona econômica exclusiva também foi um tema recorrente. A pesca ilegal, não declarada e não regulamentada, por meio dos discursos dos Estados, é apresentada como uma ameaça à preservação do meio ambiente marinho. Entretanto, cabe considerar que as disposições da Convenção tentam facilitar a liberdade de navegação mesmo nesse contexto, conforme o artigo 73. Nesse contexto, diferentemente dos anteriores, houve manifestações de Estados que afirmavam ser necessário conciliar os direitos dos indivíduos envolvidos em atividades de pesca ilegal, não declarada e não regulamentada. Serra Leoa, em 2003, chamou a atenção para violações de direitos humanos frequentemente sofridas por seus nacionais que trabalhavam em embarcações estrangeiras. Em 2005, a delegação mexicana fez um pronunciamento que, pela primeira vez, ligou questões de direitos humanos à liberdade de navegação:

The international community should give special attention to the protection of the human rights of seafarers, especially because of the frequent violations of their right to due process. Thus, the Convention’s provisions on the prompt release of vessels and their crews, penalties for the pollution of the marine environment by foreign vessels and the recognized rights of the accused must be respected (A/60/PV.54, p. 13).

Outra situação que merece destaque é a ligação feita, pela delegação egípcia, do direito do mar ao direito internacional humanitário. À ocasião, em 2010, do bombardeio a uma flotilha naval com ajuda humanitária para a Palestina, o Egito repudiou a ação tomada, então, por Israel, que atacou as embarcações. Segundo o Egito, as ações constituíram “*a clear violation of the rules governing the safety and security of navigation, as identified in international law and international humanitarian law*” (A/65/PV.58, p. 15). Os egípcios não foram específicos, mas é importante destacar que foram além do disposto na Convenção sobre segurança da navegação, invocando, também, o direito internacional humanitário. Nesse caso, os direitos da população palestina e da tripulação as embarcações foram afetados. Isso mostra como liberdade de navegação, a proporcionalidade de sua interrupção e direitos humanos podem estar ligados em um único incidente, mesmo que a justificativa de Tel Aviv tenha sido baseada em questões de segurança. Não há notícias de compensação ou reparação às vítimas do ataque marítimo por parte de Israel.

Há, também, amplos elogios ao Tribunal Internacional para o Direito do Mar e a solução pacífica de controvérsias. Estando muitas das questões em debate girando em torno da interpretação do direito vigente, o papel do ITLOS, nas discussões, foi enaltecido pela necessidade de se esclarecer dúvidas sobre a correta interpretação do direito do mar. Isso será abordado com maior detalhe na próxima seção, mas também se deve ressaltar os limites que o Tribunal tem enfrentado para esclarecer as controvérsias com uma visão mais ampla do direito internacional, quem também incorpore o direito internacional dos direitos humanos.

De modo geral, direitos humanos foram somente tangenciados às discussões sobre direito do mar, incluindo a liberdade de navegação e temas correlatos, tais como pesca irregular, delimitações com consequências para a navegação e a pirataria, por exemplo. Em poucas circunstâncias foram identificadas manifestações que promoviam uma abordagem mais integrada do direito internacional, inclusive direitos humanos, tais como as declarações feitas por delegações do Egito, México e Ucrânia. As discussões mostram uma preocupação particular pelo equilíbrio de poder entre os Estados, assim como a previsibilidade e ordem baseados no direito internacional e a igualdade entre os Estados. Em circunstâncias particulares, como na citação, acima, de Cingapura, as preocupações com entidades não estatais transnacionais foram feitas, mas também constitui um exemplo pontual. No âmbito da Assembleia Geral, pode-se concluir, portanto, que a falta de espaço para inclusão de direitos humanos de forma transversal, no debate de direito do mar, evidencia um descompasso com a conversão na direção de *rule of law*.

3.4.4 *Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas*

A análise sobre as políticas de Estados nas Nações Unidas se conclui pelas resoluções da Assembleia Geral, onde culminam os pontos de vista dos Estados e, indiretamente, do Secretário-Geral e dos outros atores envolvidos por meio do Processo Aberto de Consultas Oficiosas. Assim como nas seções anteriores, a pesquisa sobre as resoluções da AGNU foca em alguns dos elementos do que se propõe como *rule of law*, embora direitos humanos estejam, mais que nas outras análises, ausentes. As preocupações sobre a pesca, pirataria, legislação e outros temas abordados nas seções anteriores estão devidamente refletidos nas resoluções da Assembleia Geral, e não serão objeto de maior análise por já terem sido tratados.

Em termos de equilíbrio, muito se foca na questão de que o patrimônio marítimo é de uso comum da humanidade, principalmente nos preâmbulos de todas as resoluções aqui analisadas. Isso reforça o que já vinha sendo apresentado nas seções 3.4.1-3.4.3. A ênfase no limite ao poder arbitrário também é diretamente relevante para o pensamento sobre *rule of law* pois reforça a tese de que nenhum dos atores deve exercer o poder para prejudicar esse equilíbrio. O preâmbulo da Resolução 59/24, entre outros, foi feito em reconhecimento de temas mais amplos que o equilíbrio:

recognizing the pre-eminent contribution provided by the Convention to the strengthening of peace, security, cooperation and friendly relations among all nations in conformity with the principles of justice and equal rights and to the promotion of the economic and social advancement of all peoples of the world, in accordance with the purposes and principles of the United Nations as set forth in the Charter of the United Nations, ...

Cabe ressaltar um elemento em particular dessa cláusula do preâmbulo. Referência é feita aos princípios de justiça e igualdade de direitos. Em tese, a Convenção estabelece uma série de direitos que podem ser usufruídos por todos os Estados – inclusive aqueles sem litoral. Pessoas jurídicas, em circunstâncias específicas, também estão contempladas, ao contrário da pessoa humana. Vale lembrar que se trata de um foro de Estados, para discussão de um instrumento jurídico internacional por eles criado e a eles aplicável.

Todas as resoluções abordam o tema de harmonização legislativa. Depreende-se, portanto, que o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, com relação ao uso do direito para justificar quebras no direito internacional, ainda é considerado como relevante pelos Estados Membros. Não é possível, por meio das resoluções, quantificar a quantidade de violações, mas a inferência é feita pela referência constante. Questões interpretativas, como as que foram levantadas na seção 3.4.3, somadas aos chamados de

harmonização, também permitem aferir que o direito do mar possui questões em aberto – e a seção anterior mostrou que muitas dizem respeito à liberdade de navegação, como os estreitos internacionais.

A Resolução 64/71 apresenta diversas referências à necessidade de integração entre regimes correlatos – por exemplo, de segurança e defesa – mas não há referências específicas aos instrumentos sobre direitos humanos. Observa-se, assim, que preocupações como as levadas por México e Ucrânia (vide seção anterior) não se traduziram em recomendações ou decisões no âmbito da Assembleia Geral.

O fundo fiduciário, estabelecido na Resolução 55/7, constitui um passo importante na garantia de isonomia pelo acesso à justiça, uma vez que seu propósito é auxiliar Estados envolvidos em disputas. O acesso à justiça, entretanto, tampouco relaciona empresas que possam ter um envolvimento nos casos, muito menos indivíduos – que sequer acesso ao Tribunal têm.

Conclui-se, pela análise das resoluções da Assembleia Geral da ONU, que os principais temas relacionados à liberdade de navegação ainda são entendidos como uma questão eminentemente estatal, apesar de alguns Estados já incorporarem direitos humanos nos discursos da seção 3.4.3. A liberdade de navegação continua a ser um dos mais importantes elementos da política nos oceanos – mais importante que direitos humanos, pelo que mostram as resoluções. *Rule of law*, mesmo sendo um ideal inatingível, depende do respeito aos direitos humanos, assim como do equilíbrio, previsibilidade e ordem, isonomia e um direito internacional consolidado e harmônico. As resoluções da Assembleia Geral, assim, reforçam a visão estado-cêntrica das relações internacionais, que não coaduna com o direcionamento de *rule of law*.

4 **RULE OF LAW E LIBERDADE DE NAVEGAÇÃO NO TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA O DIREITO DO MAR**

[...] activities that are not specifically regulated by the Convention are not carried out in a legal vacuum; ... they are governed by general principles or residual rules.

Caramitsos Tziras, 2012.

Este capítulo tem o objetivo de estudar a jurisprudência do Tribunal Internacional para o Direito do Mar e sua contribuição para o princípio de *rule of law*. Para tal, foram escolhidos os casos que lidam direta ou indiretamente com o tema de liberdade de navegação ou restrições ao usufruto desse direito, tal como abordados no capítulo anterior. Como ressaltado no primeiro capítulo dessa dissertação, a existência de um mecanismo de solução de controvérsias é um dos quesitos fundamentais para a conversão a *rule of law*. Nesse sentido, o caso aqui estudado, de restrições à liberdade de navegação, apresenta vantagem particular pelo fato de haver um tribunal exclusivamente dedicado às questões relacionadas à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982.

O fato de haver tribunal dedicado às questões marítimas, entretanto, não significa que o potencial de influenciar o caminho na direção de *rule of law* seja plenamente aproveitado. Como será abordado nesse capítulo, o ITLOS tem dificuldade de enxergar o direito internacional de forma dinâmica e holística, sendo seu fracionamento visível em seus julgamentos. Isso contrasta com o que se espera do Tribunal conforme o artigo 293, que não restringe a aplicação do direito ao direito do mar. Como será abordado nesse capítulo, o fracionamento do direito internacional se mostra como um dos principais empecilhos para que o Tribunal faça valer o ideal de *rule of law*, desdobrando-se, também, em questões relacionadas a direitos humanos (principalmente) e os demais componentes do conceito apresentado na seção 2.3.2 dessa dissertação.

Tabela 4 – Casos do ITLOS analisados

Número	Nome do caso	Demandante	Demandado
1	M/V Saiga	São Vicente e Granadinas	Guiné
2	M/V Saiga	São Vicente e Granadinas	Guiné
5	Camouco	Panamá	França
6	Monte Confurco	Seychelles	França
8	Grand Prince	Belize	França

9	Chaisiri Reefer 2	Panamá	Iêmen
11	Volga	Rússia	Austrália
13	Juno Trader	São Vicente e Granadinas	Guiné-Bissau
14	Hoshinmaru	Japão	Rússia
15	Tomimaru	Japão	Rússia
18	M/V Louisa	São Vicente e Granadinas	Espanha
19	M/V Virginia G	Panamá	Guiné-Bissau
20	ARA Libertad	Argentina	Gana
22	Arctic Sunrise	Países Baixos	Rússia

Esse capítulo, portanto, se divide em três partes. Na primeira, uma breve discussão sobre as características dos casos e contextos em que se inserem será feita de modo a situar a análise que se segue. Logo, serão considerados o direito aplicado, à luz das discussões do terceiro capítulo (seções 3.2 e 3.3). A segunda parte, por ser a mais relevante e constar do principal achado da pesquisa das decisões, recebe maior ênfase, explorando o modo como se dá o fracionamento do direito internacional e o que isso significa para os direitos humanos – que tem peso significativo no conceito de *rule of law* nas relações internacionais. Por último, discutir-se-á como outros componentes de *rule of law* são ou não respaldados nas decisões do Tribunal.

4.1 Características gerais dos casos

4.1.1 Das partes envolvidas

Um dos primeiros elementos que chama a atenção dos casos analisados é a variedade de representações dos países envolvidos nas disputas. Cabe ressaltar que, de acordo com o Estatuto do Tribunal, somente Estados-Parte podem a ele levar disputas, estando outros atores excluídos dessa possibilidade. Sendo assim, por partes entende-se os Estados-Membros que possuem personalidade jurídica para interpelar ações ante o ITLOS.

Ao todo, os 14 casos que foram analisados envolvem 15 países diferentes. As partes envolvidas possuem as mais diversas características, com todos os cinco continentes nelas representados. Além disso, os países também são heterogêneos quanto ao nível de desenvolvimento humano, levando em consideração a categorização desenvolvida pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).³² Somente a faixa de países com nível médio de desenvolvimento não estão representados nas ações aqui consideradas.

³² Tabela disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/table-1-human-development-index-and-its-components>>.

Quando se analisa a distribuição geográfica e de desenvolvimento dos países envolvidos nas 14 ações aqui analisadas, nota-se uma prevalência de países demandantes na faixa de renda média ou baixa,³³ destacando-se os Países Baixos com o maior produto interno bruto (PIB). Essa explicação se deve, em alguma medida, ao fenômeno conhecido como pavilhões de conveniência, segundo o qual empresas buscam países que ofereçam os maiores benefícios e facilidades para registrar suas embarcações (SHAUGHNESSY, TOBIN, 2007; SWABY, 2014).

De acordo com o artigo 91 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, cada estado tem o direito de estabelecer os critérios que considerar relevantes para a concessão de seu pavilhão a uma embarcação:

Artículo 91

Nacionalidad de los buques

1. Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque.

A concessão de pavilhões e, por conseguinte, nacionalidade às embarcações traz renda aos países que as concedem, uma vez que, geralmente, há pagamento para a obtenção dos registros. Na prática, contudo, configura-se uma estrutura competitiva entre Estados para o registro de navios, o que explica a maior incidência de navios com pavilhões de alguns países (SHAUGHNESSY; TOBIN, 2007; SWABY, 2014). De acordo com a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, 2014), Panamá e Belize figuram entre os 35 países com maior frota registrada de navios. O Panamá é o país com a maior frota do mundo, com mais navios que Estados Unidos e China combinados (UNCTAD, 2014). Outro exemplo ilustrativo é São Vicente e Granadinas, cuja frota consiste, em sua totalidade, de navios de donos estrangeiros, enquanto no Panamá a taxa é de 99,83%, comparados com 25,22% dos Países Baixos (UNCTAD, 2014).

A liberdade concedida pelo art. 91 da Convenção de 1982 e as facilidades de países e empresas explicam o fato de grande número de países de renda inferior fornecerem nacionalidade à porção considerável da frota mundial. Sendo assim, estão mais propensos, estatisticamente, ao envolvimento em incidentes que demandem alguma forma de solução de controvérsias. Entretanto, os casos aqui analisados também trazem situações em que países

³³ Cf. dados estatísticos das Nações Unidas sobre PIB: <<http://unstats.un.org/unsd/snaama/dnllist.asp>>.

com maior renda e frota menor figuram entre os demandantes ante o Tribunal, a saber, Argentina, Japão, Rússia e Países Baixos.

Para além das liberdades concedidas no art. 91 da Convenção de 1982, cabe ressaltar o art. 94, que estabelece as obrigações dos Estados de pavilhão. Existe, assim, um *trade off* entre a concessão do registro às empresas nacionais ou não de um país e a garantia da proteção em conformidade com o art. 94 da UNCLOS. Portanto, na eventualidade de que uma embarcação portando o pavilhão de um Estado se encontre em um incidente que demande sua atenção, esse Estado será requisitado a exercer a devida proteção da embarcação. Essa proteção inclui, entre outros, a representação, caso seja necessário, ante o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, uma vez que somente Estados-Partes da Convenção a ele tem acesso, excluindo-se pessoas físicas e jurídicas.

Em pelo menos dois casos aqui analisados (18 – *M/V Louisa*, e 8 – *Grand Prince*) houve a inviabilização de ações no Tribunal devido a vínculos não-comprovados entre Estado pavilhão e embarcação. O importante da consideração sobre as partes é, ainda, que esse sistema coloca em pé de igualdade Estados que possuem as mais diferentes características, o que será discutido posteriormente nesse capítulo, na seção sobre isonomia.

4.1.2 Sobre as zonas marítimas

Tal como abordado no capítulo anterior (seção 3.2.1), somente o mar territorial é e pode ser considerado como território *de facto* e *de jure* no direito do mar.³⁴ A zona contígua, frequentemente associada ao mar territorial, já possui limitações sobre os direitos soberanos de Estados costeiros, sendo essencialmente uma zona de transição na qual certos tipos de fiscalização e abordagem são aceitos. Por outro lado, a zona econômica exclusiva, *sui generis* na Convenção, converge certos elementos de fiscalização que nela são permitidos, associados às liberdades de navegação e outras características do alto mar (ver página 49).

Se, por um lado, é indiscutível que, no mar territorial, Estados possuem plena soberania, o mesmo não ocorre com a zona econômica exclusiva. De fato, tal como apontam Thomas (2009) e Kraska (2011), a ZEE é foco de polêmica com relação aos direitos de outros Estados. Kraska acusa certos países de limites injustificados e infundados à liberdade de

³⁴ Considerar o mar territorial como território factual e juridicamente implica dizer, segundo o raciocínio de Steinberg (2001) que se trata de zona pertencente à sociedade, e não um espaço alheio à mesma onde se exercem direitos soberanos. A primeira situação está mais condizente com o raciocínio dos Estados Membros assim como se afirma no capítulo anterior.

navegação na ZEE, citando como exemplos o Brasil, China e Equador (para usar alguns dos que o autor se refere).

Os casos estudados nessa dissertação revelam que, de fato, a zona econômica exclusiva continua a ser foco de controvérsia entre Estados, principalmente com relação à interpretação das liberdades constantes na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. Dos 14 casos, somente três não se originaram em detenções a embarcações que circulavam na ZEE (9 – *Chaisiri Reefer 2*, 18 – *M/V Louisa*, e 20 – *ARA Libertad*). Duas hipóteses imediatamente surgem para explicar o porquê de 12 dos casos terem se originado em detenções realizadas na ZEE. Uma é de abuso de direitos por parte do Estado costeiro, enquanto a segunda foca no abuso de direitos da embarcação estrangeira com consequências negativas para o estímulo ao uso arbitrário do poder.

Contestações sobre os direitos de fiscalização do Estado costeiro ocorreram, de fato, em poucos casos. O julgamento do caso no. 2 (*M/V Saiga*) é ilustrativo nesse sentido, bem como o do no. 19 (*M/V Virginia G*). Neste último caso, fica evidente que o Tribunal entendeu, assim como o havia feito em casos anteriores (por exemplo, nos. 5, 6, 8, 12 ou 14) que embarcações estrangeiras possuem liberdades plenas e semelhantes às do alto mar na ZEE, salvo na realização de *quaisquer* atividades meramente relacionadas à exploração dos recursos que um Estado costeiro pode autorizar. Nas palavras do julgamento do caso no. 19 (pars. 211-212):

211. The Tribunal observes that article 56 of the Convention refers to sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing natural resources. The term “sovereign rights” in the view of the Tribunal encompasses all rights necessary for and connected with the exploration, exploitation, conservation and management of the natural resources, including the right to take the necessary enforcement measures.

212. The use of the terms “conserving” and “managing” in article 56 of the Convention indicates that the rights of coastal States go beyond conservation in its strict sense...

Os casos julgados pelo ITLOS, portanto, demonstram que a liberdade de navegação pode ser restringida conforme a necessidade do Estado costeiro de executar as referidas medidas de fiscalização e conservação da zona econômica exclusiva. Não se trata, ao contrário do que alegam Kraska (2011) e Thomas (2009) de uma liberdade irrestrita.

Os dois casos em que ocorreram no mar territorial se relacionam à discussão sobre liberdade de navegação na medida em que, em ambos, as ações interpeladas no ITLOS acusaram os respectivos Estados costeiros (Espanha e Gana) de impedir o acesso às águas

internacionais. No entendimento dos juízes do Tribunal, entretanto, tratavam-se de ações, respectivamente, em âmbitos penal e administrativo, além do fato de que as embarcações se encontravam no mar territorial – o que dava pleno direito de ação ao Estado costeiro. Uma ressalva deve ser feita ao *ARA Libertad*, uma vez que, por se tratar de navio militar, goza de imunidade.

Somente em uma das ocasiões houve a captura de uma embarcação na ZEE de um outro Estado (*M/V Saiga*). O contato ocorreu na Guiné, mas as autoridades desse país perseguiram o navio até a zona econômica exclusiva de Serra Leoa, no que caracterizou um abuso do direito de perseguição (art. 111), tal como constatado no julgamento do caso no. 2. Isso não é comum, uma vez que, tal como afirma Wendel (2007), as perseguições tendem a se estender ao alto mar, e não na direção de outros Estados.

Por um lado, houveram situações em que embarcações abusaram de direitos (a exemplo dos casos 5, 6, 8, 14 ou 19), enquanto algumas situações sinalizam abuso de direito da parte de Estados costeiros (casos 1 e 2 e 22). Observa-se, ainda, abuso constante de direitos por parte dos Estados costeiros e detentores na definição de fianças e garantias, uma vez que o Tribunal as considerou abusivas em pelo menos sete casos (5, 6, 8, 11, 13, 14 e 19). De modo geral, conseqüentemente, pode-se afirmar que a ocorrência da maioria dos casos na zona econômica exclusiva aponta para uma dificuldade da compreensão ou aplicação, entre Estados, do caráter *sui generis* dessa zona marítima.

4.1.3 Atividades relacionadas às detenções

As atividades nas quais os navios detidos nos casos estavam engajados no momento da ação do Estado costeiro são de importante consideração, devido às conclusões que se podem tirar. Essas conclusões dizem respeito, basicamente, ao comportamento tanto de Estados costeiros como das embarcações.

Tabela 5 – Atividades em curso no momento da interdição de embarcações

Número	Nome do caso	Atividade
1	M/V Saiga	Navegação/abastecimento
2	M/V Saiga	Navegação/abastecimento
5	Camouco	Pesca
6	Monte Confurco	Pesca
8	Grand Prince	Pesca
9	Chaisiri Reefer 2	Navegação (para pesca)
11	Volga	Pesca
13	Juno Trader	Pesca
14	Hoshinmaru	Pesca
15	Tomimaru	Pesca

18	M/V Louisa	Pesquisa arqueológica
19	M/V Virginia G	Abastecimento
20	ARA Libertad	Missão oficial
22	Arctic Sunrise	Protesto

Primeiramente, pode-se afirmar que a pesca, preservação dos recursos vivos da zona econômica exclusiva e o exercício da soberania do Estado costeiro desempenham um papel muito relevante. Os dez primeiros casos da Tabela 5 e o caso 19 estão diretamente relacionados à pesca, seja pela realização dessa atividade *per se* ou por tarefas de apoio, como o abastecimento. O *Chaisiri Reefer 2*, que não foi a julgamento devido à solução amigável encontrada pelas partes, estava no mar territorial, destinada às águas internacionais, partindo para outro porto, mas ainda assim se trata de navio pesqueiro. Percebe-se o quão a questão da gestão dos recursos vivos é estratégica pelos casos do *Camouco*, *Monte Confurco* e *Grand Prince*, todos interpelados contra a França, e no caso do *Volga* (Rússia-Austrália). Em todos os casos, o foco do Estado costeiro foi a fiscalização de pesca da merluza negra (*Dissostichus eleginoides*), que segundo a FAO (2004) é particularmente vulnerável à exploração excessiva. Em outros casos, como nos do Japão contra a Rússia (*Hoshinmaru* e *Tomimaru*), a detenção se justificou pela descoberta de espécies, cuja pesca não havia sido autorizada, nos compartimentos dos navios.

Três dos casos (*Chaisiri Reefer 2*, *ARA Libertad* e *Arctic Sunrise*) trazem à tona considerações importantes sobre a liberdade de navegação, embora tomem perspectivas distintas. Nos dois primeiros, os navios foram apreendidos no mar territorial e foram detenções inconsistentes com a Convenção de 1982. No caso do *Chaisiri Reefer 2*, observações preliminares podem ser feitas somente com base na ação interpelada, uma vez que não foi a julgamento (não gerando conclusões definitivas). Entretanto, no caso de procedência na argumentação panamenha, o navio destinava-se às águas internacionais, saindo do mar territorial, o que é um direito resguardado pela Convenção (art. 18). Esse mesmo argumento foi utilizado pela Argentina com relação ao *Libertad*, embora a apreensão tenha se dado com fundamento em um ato administrativo ligado a terceiros não-nacionais de Gana, que exigiam uma garantia. Ocorre que, pelo artigo 32 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, navios militares têm plena imunidade de detenção.

A Rússia não participou do processo no ITLOS referente ao *Arctic Sunrise*, o que significa que, além da reclamação feita pelos Países Baixos, foi necessário recorrer a notícias e fontes secundárias para entender a natureza da detenção desse navio (VIDAL, 2014). Nesse caso, a atividade em questão era um protesto, realizado por uma embarcação do *Greenpeace*.

A seção 4.2.3 discorrerá em maior detalhe sobre questões relevantes desse e dos demais casos, mas, para a presente caracterização, cabe mostrar como, apesar da prevalência de casos relacionados à pesca, existe uma diversidade atividades que também se relacionam à liberdade de navegação e suas restrições, como a liberdade de expressão.

4.1.4 Outras características

A presente análise de casos do Tribunal Internacional para o Direito do Mar apontam algumas questões que serão discutidas com maior detalhe nas seções abaixo, principalmente devido à pertinência para os quesitos abordados. Primeiramente, destaca-se o fato de que em todos os casos houve detenção da tripulação dos navios. Desde o julgamento do *M/V Saiga* (no. 2, par. 106), o Tribunal ressalta a consideração de que a embarcação e sua tripulação constituem uma unidade indissociável. Isso explica, em parte, o motivo pelo qual muitas pessoas são detidas. Em alguns casos (*Monte Confurco*, *Volga*, *M/V Virginia G*, por exemplo) considerações de caráter humanitário foram levantadas pelos demandantes. Isso também dialoga com a definição de *rule of law* aqui apresentada, segundo a qual direitos humanos são transversais.

Outro fator que surgiu com frequência é a forma como os demandantes se interessam mais em questões mais imediatas. Por exemplo, há a ênfase na pronta liberação dos navios, mas poucos casos, como os nos. 2 e 19, fazem questionamentos mais profundos sobre as práticas de Estados que levaram às detenções.

Em poucas circunstâncias foram invocados instrumentos e normas internacionais além da Convenção de 1982. Exemplos são o *Juno Trader* e o *Libertad*. O Tribunal, entretanto, fez esforço considerável para não tratar de temas que não estejam diretamente em disputa, mas que são recorrentes (como questionamentos sobre direitos humanos, acima). A próxima seção se dedicará, com maior detalhe, sobre essa questão.

4.2 Rule of law: uma visão fracionada do direito internacional?

Uma característica importante da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar é a obrigatoriedade de que os Estados-Parte cheguem a resoluções pacíficas de controvérsias, em conformidade com sua parte XV (ROTHWELL; STEPHENS, 2012). A parte XV também oferece uma série de recursos aos quais os Estados-Parte podem recorrer, tais como tribunais arbitrais *ad hoc*, a Corte Internacional de Justiça ou – foco desse capítulo

– o Tribunal Internacional para o Direito do Mar. Nessa seção, serão consideradas as bases jurídicas a que os reclamantes podem recorrer e que o Tribunal pode aplicar. Essa discussão se torna relevante pela consideração da definição de *rule of law*, segundo a qual deve-se buscar uma abordagem harmônica para o direito internacional, considerando os direitos humanos em todos os aspectos daquele princípio.

O artigo 293 da Convenção, como será explorado na seção 4.2.2, permite e instrui essa interpretação mais ampla do direito internacional. Entretanto, o que se observa é uma visão eminentemente simplista das questões em discussão no Tribunal, motivo pelo qual a apreciação dos casos conclui que há o reforço da fragmentação do direito internacional, dirimindo, também, a pessoa humana. Isso não significa, por exemplo, que direitos humanos necessariamente devem ser pautados em toda e qualquer circunstância. A análise dos casos a seguir diz respeito às situações em que direitos humanos estiveram, de alguma forma, também relacionados às restrições à liberdade de navegação. Assim sendo, o respeito aos direitos humanos só afeta o conceito mais amplo de *rule of law* nas situações em que, de fato, possui um papel – ou seja, a definição apresentada nessa dissertação coloca direitos humanos como valor *sine qua non*, e não como elemento causal como o cerceamento ao poder arbitrário. Mesmo assim, também se deve considerar que o direito internacional e seu fracionamento não estão somente ligados aos direitos humanos mas, também – por exemplo – ao direito dos tratados.

4.2.1 Base para as reclamações

A Convenção da ONU sobre o Direito do Mar possui uma complexa parte (XV) que trata da solução de controvérsias. Durante a elaboração desse tratado, houve controvérsia sobre os mecanismos de solução de controvérsias, principalmente devido às diversas opções que Estados possuem de acordo com a parte XV (KLEIN, 2004; ROTHWELL; STEPHENS, 2012; ROSENNE, 1995). De acordo com Rosenne (1995) e Klein (2004), houve insatisfação, por parte de alguns Estados, na criação da zona econômica exclusiva. O fato de que deveria ser necessário, de acordo com os artigos 56, 73 e 87 da Convenção, equilibrar os direitos soberanos dos Estados costeiros na fiscalização dos recursos dessa zona, bem como os de liberdade de navegação e sobrevoos das embarcações e aeronaves, levou Estados a compensarem a polêmica com a criação desses diversos mecanismos que permitem a interpretação das disposições da Convenção (ROSENNE, 1995).

Estados podem submeter as disputas de interpretação da Convenção a tribunais arbitrais *ad hoc* constituídos em conformidade com os anexos VII e VIII do tratado, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar e a Corte Internacional de Justiça. Caso haja acordo entre as partes, disputas sob consideração de tribunais *ad hoc* podem ser transferidas para um dos outros meios, sob o guarda-chuva do artigo 287, que define as modalidades de solução de querelas entre os Estados. Observa-se, assim, uma ampla gama de possibilidades, desenhadas para, de acordo com Rosenne (*cit. supra*), compensar a polêmica em torno de certas disposições da Convenção.

Existe, ainda, uma disposição específica na Convenção para tratar da pronta liberação de navios, no artigo 292. Pela redação desse artigo, entende-se que ele tem o propósito de evitar apreensões demoradas por parte de Estados que exercitem seus direitos de fiscalização, tal como detalhado na seção 3.2 dessa dissertação. Assim como reafirmado pelo Tribunal no caso do *Tomimaru*, esse artigo é invocado quando há urgência para liberação de uma embarcação, não tendo o Estado cumprido os requisitos determinados no artigo 73 da Convenção, também discutido anteriormente na seção 3.2. De acordo com Klein (2004, p. 86), “*Lengthy detention of a fishing vessel may result in that vessel missing a considerable amount of harvest during a fishing season*”. Também é possível que as embarcações sofram danos por permanecerem longos períodos em inatividade, tal como reclamado nos casos do *M/V Virginia G* e *Arctic Sunrise*. Explica-se, assim, a existência de provisão específica da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar para a rápida liberação de embarcações e suas tripulações.

A primeira questão que se nota ao analisar os casos que envolvem alguma restrição da liberdade de navegação, aqui analisados, é a prevalência de demandas submetidas em conformidade com o artigo 292 da Convenção (Pronta liberação de embarcações e suas tripulações). Dos 14 casos analisados, nove resultaram de ações demandadas no âmbito desse artigo. O Capítulo 3 (seção 3.1) já discorreu sobre as circunstâncias em que a liberdade de navegação pode ser restringida, com a finalidade de exercer direitos soberanos de fiscalização por parte do Estado costeiro. O artigo 292 da Convenção tem como objetivo permitir que qualquer restrição à liberdade de navegação seja o mais breve possível, permitindo o usufruto dos direitos de que gozam ambas as partes em fiscalizar, executar normas domésticas e liberdade de navegação. Dois parágrafos do artigo 292 são relevantes, para a presente análise:

3. La corte o tribunal decidirá sin demora acerca de la solicitud de liberación y sólo conocerá de esa cuestión, sin prejuzgar el fondo de cualquier demanda interpuesta ante el tribunal nacional apropiado contra el buque, su propietario o su

tripulación. Las autoridades del Estado que haya procedido a la retención seguirán siendo competentes para liberar en cualquier momento al buque o a su tripulación.

4. Una vez constituida la fianza u otra garantía financiera determinada por la corte o tribunal, las autoridades del Estado que haya procedido a la retención cumplirán sin demora la decisión de la corte o tribunal relativa a la liberación del buque o de su tripulación.

Desde o primeiro caso em disputa no Tribunal (1 – *M/V Saiga*), este decidiu, de forma sistemática, que disputas submetidas com base no artigo 292 deveriam ter, como objeto, exclusivamente a liberação do navio e sua tripulação, bem como a determinação de uma fiança razoável. Quando disputas foram submetidas com base no artigo 292 e, porventura, continham exigências de declarações sobre outros elementos de interpretação da Convenção em disputa, as outras demandas dos Estados foram continuamente ignoradas pelo ITLOS, principalmente citando o disposto no artigo 292(3), que limita a deliberação à soltura de navios tripulações.

São Vicente e Granadinas, após terem conseguido a pronta liberação do *M/V Saiga*, interpelaram uma demanda subsequente no Tribunal, com base no artigo 287 (e não 292) solicitando que a corte se pronunciasse sobre diversas questões que haviam ficado pendentes e que não foram exploradas no âmbito do artigo 292 do primeiro julgamento. Deu-se, assim, origem ao segundo caso do *M/V Saiga*, referência na jurisprudência do direito do mar por tratar de questões como direitos de navegação, sua interrupção, perseguição, uso da força e compensação aos que sofreram danos. Esses dois casos do *M/V Saiga* marcam o estabelecimento de uma tendência mantida pelo Tribunal ao longo dos outros casos.

Demais casos apresentados no escopo do artigo 292 (tais como o *Camouco*, *Monte Confurco* ou *Volga*) continham solicitações de pronta liberação mas, quando solicitavam deliberações acerca de outras partes da Convenção, ou se um Estado havia violado algum princípio em particular, tiveram essas demandas secundárias ignoradas. O Tribunal, nos casos invocados sob outros artigos da parte XV da Convenção (2, 18, 19, 20 e 22) teve a oportunidade de fazer interpretações sobre diferentes aspectos da Convenção que não estavam diretamente relacionados à soltura das embarcações e suas tripulações, mas também a outros pontos controversos das ações de Estados. Por exemplo, no caso número 2, questões sobre a perseguição de embarcações e reparações às pessoas jurídicas e físicas envolvidas são muito importantes, tendo sido tomadas com base nos artigos 111 e 110 da Convenção, respectivamente. No caso 18, a questão da soberania no mar territorial foi foco da disputa, tendo o tribunal mantido sua defesa em detrimento da demanda de São Vicente e Granadinas de que o direito de navegação fora indevido. O *M/V Virginia G* foi emblemático por, depois

de várias demandas sob o artigo 292 no Tribunal levantando a questão da detenção de tripulações,³⁵ confirmar o entendimento de que a detenção fora de uma instituição penitenciária não constitui infração do artigo 73(3). Antes desse caso, o Tribunal não adentrava nas questões levantadas anteriormente sobre esse artigo, uma vez que as demandas haviam sido submetidas com base no 292. Conforme já mencionado, a imunidade de navios militares ou estatais foi confirmada no caso número 18, com o Tribunal podendo emitir ordem de soltura após a interpretação ampla de questões de imunidade e soberania no mar territorial. O *Arctic Sunrise*, devido à ausência da Rússia como parte, confirmou o entendimento de que a presença da parte demandada não era obrigatória, mas ateu-se à liberação da tripulação e definição de fiança. Aqui, entretanto, o ITLOS não tratou da questão da ilegalidade dos processos penais impostos à tripulação na Rússia, apesar de os Países Baixos terem, expressamente, solicitado um pronunciamento sobre isso. Essa última questão será abordada em maior detalhe na seção 3.2.3.

Três conclusões se tiram da sistemática na qual se deram as ações sob o artigo 292. A primeira diz respeito à consistência do Tribunal de se ater somente à questão da pronta liberação, seguindo *ipsis literis* o determinado no artigo 292(3). Em segundo lugar, ressaltam-se duas possibilidades. Por um lado, entende-se que, quando demandantes solicitam deliberações diversas além da pronta liberação de navios e tripulações, há a intenção de obter clarificação sobre diversas práticas de Estado além de garantir a liberação. Por outro lado, contudo – e essa se mostra melhor fundamentada como possibilidade devido ao grande número de ações sob o artigo 292 –, fica evidente que a principal preocupação dos Estados é garantir a pronta liberação das embarcações e pessoas que nela trabalhavam. Essa preocupação é maior e mais iminente que o desejo de obter clarificações sobre certas práticas. Ou seja, o objetivo é não prejudicar o lucro, uma vez que embarcações paradas representam perda de ganhos, como ficou evidente no caso do *M/V Virginia G* (submetido sob o artigo 287).

Por último, a terceira conclusão é de que há pouco interesse em tratar de querelas em uma perspectiva multidimensional do direito internacional, uma vez que a maioria dos casos trata de questões que envolvem, em alguma medida, a interpretação de várias partes da Convenção ou de outras normas vinculantes ou não vinculantes do direito internacional,³⁶ tal como apresentado na seção 3.3.2. Se, por um lado, entende-se a urgência de ações sob o artigo 292, tal como ficou claro no caso do *Tomimaru*, a opção por demandas somente com base

³⁵ *Camouco, Monte Confurco, Volga*, por exemplo.

³⁶ Ver, por exemplo, os casos de números 1, 5, 6, 11, 14.

nesse artigo deixam de lado a construção de visão consolidada de elementos frequentemente questionados, como a detenção da tripulação ou abordagem às embarcações. Essa perspectiva fragmentada apresenta impactos negativos com relação a alguns elementos da definição aqui utilizada, a exemplo das restrições ao poder arbitrário e isonomia, além de direitos humanos, que serão discutidos posteriormente nesse capítulo.

Do ponto de vista das demandas de Estados ante o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, nota-se uma preocupação mais voltada para o imediato, ou seja, soltura das embarcações, o que se explica pela prevalência de ações sob o artigo 292 da Convenção. O que também chama a atenção é a forma como questões associadas às demandas (prisão de tripulações, por exemplo, e instauração de ações em âmbito penal) foram ignorados pelo Tribunal (*Arctic Sunrise* e *M/V Virginia G*, por exemplo). Configura-se, assim, uma visão fragmentada do direito internacional. As duas próximas seções abordam a forma como questões relacionadas a outras normas do direito internacional, já discutidas na seção 3.3, foram tratadas nos julgamentos do tribunal.

4.2.2 Normas além da Convenção de 1982

Ao considerar a definição de *rule of law* nas relações internacionais, na seção 1.3.2, foi feita uma referência à consideração do direito internacional como um todo. Isso significa que, para a consideração da definição, deve-se analisar o direito da forma mais ampla e harmônica possível. Faz-se necessário, para entender a possibilidade de contrastar os julgamentos e decisões do Tribunal Internacional para o Direito do Mar com normas não aplicadas, resgatar o disposto no artigo 293 da Convenção. A redação desse artigo é a seguinte (grifo meu):

Artículo 293
Derecho aplicable

1. La corte o tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y **las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella.**
2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la facultad de la corte o tribunal competente en virtud de esta sección para dirimir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes convienen en ello.

O artigo 293 é fundamental para a análise baseada na definição de *rule of law* pelo fato de que permite a ligação entre outros instrumentos do direito internacional ao direito do mar. Tal como afirmado no Capítulo 2 (página 33), e abordado nas discussões das seções 3.3.1 e 3.3.2 dessa dissertação, é necessário haver uma consideração ampla do direito

internacional, cuja expressão na Convenção de 1982 se encontra no artigo 293. Algumas considerações sobre o artigo 293(1) são importantes. Primeiramente, há uma conjunção aditiva que liga as fontes aplicáveis do direito. Portanto, trata-se da aplicação da Convenção e normas do direito internacional que a ela não sejam incompatíveis. Não há, assim, uma exclusão; o direito do mar deve ser aplicado em conjunto a outras normas do direito internacional, não estando delas isolado. Logo, deve-se ter em mente que o artigo também não faz referência à necessidade de que sejam normas juridicamente vinculantes. *A priori*, pode-se até invocar artigos sob consideração preliminar na Comissão de Direito Internacional, tal como fez o Panamá no caso no. 19. Os artigos-rascunho da CDI chegaram a ser discutidos no julgamento (par. 429), o que mostra como a aplicação do artigo 293 pode ser ampla. De acordo com o juiz do José Luis Jesus (2010), a aplicação de outras normas do direito internacional pode considerar tanto os princípios gerais do direito internacional, como tratados e jurisprudência de outras instituições internacionais, tais como a Corte Internacional de Justiça ou a Corte Permanente de Arbitragem.

Há, contudo, o entendimento de que esses outros instrumentos do direito internacional devem ser aplicados em complemento à Convenção sobre o Direito do Mar (JESUS, 2004). De acordo com Klein (2004, p. 58),

Various articles of UNCLOS ... incorporate by reference “generally accepted international rules and standards,” thereby increasing the sources of law that may be applicable to a dispute. A hierarchy is created whereby the foremost law governing the dispute is the Convention and in the case of conflict between UNCLOS and existing law, the Convention must prevail. Article 293 applies to all courts and tribunals exercising jurisdiction under Section 2, Part XV.

Fica evidente, assim, que, mesmo que outros instrumentos internacionais ou até princípios gerais do direito internacionais sejam invocados, devem ser analisados sob a ótica da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. Passa, então, a ser relevante a possível compatibilidade, ou não, do direito alternativo invocado. De acordo com o especialista em direito do mar Rodrigo More (2015),

na prática, o art. 293 (1) é aplicado apenas de forma subsidiária, ou seja, as normas de direito internacional geral compatíveis não são usadas como fundamento principal, apenas como fundamento secundário, de reforço, geralmente usando outros tratados ratificados pelas partes (evitando argumentos baseados “costumes” e “princípios gerais de direito” não reconhecidos pelas partes, por exemplo), mas não menos relevante.

Entretanto, como pode ser visto no parágrafo anterior, nos casos nos. 2 e 19 do ITLOS e no discurso proferido pelo então Presidente do Tribunal José Jesus (2010), a corte também

considerou princípios mais vagos e mais abertos à interpretação, tais como sobre o uso da força.

Três dos 14 casos contenciosos do Tribunal aqui tratados utilizam, expressamente outras fontes do direito internacional como justificativa para suas demandas. Todos os outros 11 casos se resguardam à interpelação de demandas baseadas exclusivamente na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. O primeiro deles, *M/V Saiga* (no. 2) invoca princípios gerais do direito internacional para solicitar uma decisão do ITLOS quanto ao uso excessivo da força por parte da Guiné, tendo o Tribunal concordado que o uso da força foi excessivo. Ao contrário dessa situação, no caso no. 19 (*M/V Virginia*) o ITLOS não concordou com a argumentação do Panamá de que Guiné-Bissau fez uso excessivo da força, também em uma argumentação respaldada em princípios gerais do direito internacional e jurisprudência do caso anterior. Já o governo da Argentina, quando da solicitação de soltura do *ARA Libertad*, utilizou como argumento não só a Convenção de 1982, mas também outro tratado internacional, de 1926, que resguardava a imunidade de embarcações militares e estatais. Nesse último caso, o argumento do governo argentino mostrava plena compatibilidade do tratado anterior com a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, tendo aquele servido, ainda, de base para as disposições desse último tratado relativas à imunidade de embarcações militares.

Além da questão da interpelação das demandas com base em instrumentos ou outras normas além da Convenção de 1982, também está a capacidade do Tribunal de, independentemente de outras normas, aplicar o artigo 293 mesmo que não tenha sido por isso demandado. Em discurso, o então Presidente Jesus (2004, p. 7) afirma:

As shown by its case law, the Tribunal has been able to solve most legal issues raised in the context of a dispute submitted to it within the framework of the Convention. Indeed, in a number of cases, its provisions have provided all the necessary legal guidance. In the absence of sufficient guidance from the Convention, however, the Tribunal also applies “other rules of international law not incompatible with the Convention” as mandated by article 293, paragraph 1.

Na prática, o Tribunal faz o possível para se abster do recurso à segunda parte do artigo 293(1). Isso já havia ocorrido no caso do *M/V Saiga* (1), embora tenha se repetido em outras ocasiões. Dois desses casos, notadamente o *Camouco* e o *Monte Confurco*, ambos demandados contra a França, são ilustrativos. Em ambos, o Tribunal foi instado a opinar sobre a legalidade da detenção da tripulação dos dois navios, uma vez que os demandantes argumentaram que se tratava de aprisionamento *de facto*. Devidas considerações sobre questões de direitos humanos serão dadas na próxima seção também sobre esses casos, mas

aqui é suficiente questionar o porquê de a corte não haver debatido essas demandas baseadas em infração do artigo 73(3). Se, por um lado, o artigo 292(3) impede que o tribunal delibere acerca da legalidade das detenções, focando apenas na liberação e valores das fianças ou garantias, o próprio texto do julgamento mostra como a legislação francesa determina a prisão por infrações de pesca. Isso está em direta violação do artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, segundo a qual normas internas não justificam o não-cumprimento de tratados internacionais. O artigo 73(3) proíbe penas de reclusão por infrações relacionadas à pesca na ZEE, tal como também foi abordado na seção 3.2.2. Entretanto, como ambas formulações foram feitas com base no artigo 292, o Tribunal não pôde, devido às restrições, deliberar sobre a natureza das detenções. Resignou-se a simplesmente determinar a liberação das tripulações (capitães), sem discorrer sobre a legalidade das detenções (par. 71 e 90, respectivamente, dos julgamentos). Tendo conseguido a liberação das tripulações e navios, além de definição de fiança razoável, os demandantes não voltaram a questionar a natureza das detenções, ou sua legalidade. Esse último fato será discutido novamente na seção 3.3.3, onde considerações sobre previsibilidade e ordem serão abordadas.

Entretanto, o Tribunal novamente teve a possibilidade de revisitar a questão da legalidade das detenções no caso do *M/V Virginia G*. O Panamá solicitou que o Tribunal declarasse que a detenção da tripulação caracterizava reclusão, uma vez que aquela era detida sob escolta armada. Por 20 votos favoráveis e três contrários, a corte decidiu que as medidas impostas por Guiné-Bissau eram aceitáveis e não constituíam uma prisão *de facto*. Voz dissidente e a única a emitir uma opinião que abordava a questão, o Juiz Lucky discordou da maioria e afirmou que as medidas adotadas pelas autoridades de Guiné-Bissau infringiam o artigo 73(3) da Convenção de 1982. Lucky, contudo, não abordou a questão que é central para essa seção: a interlocução entre a Convenção de 1982 e a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Lucky cita os dois casos anteriores (*Camouco* e *Monte Confurco*), nos quais a legislação francesa expressamente prescreve a reclusão como pena para violações relacionadas à pesca. Em nenhum momento, nos julgamentos ou opiniões separadas, é mencionada a necessidade de reforma da legislação francesa para adequação ao disposto na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. Tendo a disposição da reclusão sido claramente citada, questiona-se a recusa do ITLOS de mencionar essa necessidade, uma vez que o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é claro quanto no sentido de que disposição legal doméstica justifica a não aplicação do disposto no direito internacional. Trata-se de uma mensagem importante e que não pode ser ignorada: infrações pesqueiras não devem ser tratadas no âmbito do direito penal, principalmente no que diz respeito à reclusão.

Também, ao discutir a aplicabilidade do termo prisão ou detenção no caso do *M/V Saiga*, o Tribunal não fez recurso ao documento-chave das Nações Unidas, a saber a Resolução 43/173 da Assembleia Geral, à qual referência já foi feita aqui no capítulo 2 (seção 3.3.2). Isso mostra uma direta contradição ao discurso do ex-Presidente Jesus (*cit. supra*), no qual afirma ser recorrente a aplicação de outros princípios e normas do direito internacional.

A análise dos 14 casos que dizem respeito à liberdade de navegação e sua restrição não encontrou quantidade de recursos ao artigo 293 da Convenção de 1982 que corroborem o discurso de Jesus. Por um lado, as demandas interpeladas pelos Estados-Parte não se baseiam, majoritariamente, em outros instrumentos que podem ser utilizados como complemento para a interpretação da Convenção. Também cabe considerar, por outro lado, que o Tribunal tampouco faz uso frequente do respaldo do artigo 293 para consultar instrumentos auxiliares, sejam eles normas vinculantes, não-vinculantes ou rascunhos da CDI.

Excepcionalmente, o ITLOS faz uso de acordos complementares, principalmente nos contenciosos submetidos anteriormente a um tribunal arbitral *ad hoc*. Essa é a situação mais frequente, a que se refere More, acima. Como, nos casos em que, de acordo com o artigo 287, partes submetem demanda que antes estava em um tribunal arbitral, ao ITLOS, o acordo da arbitragem é fundamental para entender as submissões das partes, o recurso a ele é fundamental para a decisão dos magistrados do ITLOS.

Cabe, também, ressaltar que o artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados apresenta (alínea 3-c) outros tratados como fontes a serem consultadas para o esclarecimento de questões específicas em disputa. De acordo com a CDI (A/CN.4/L.682/Add.1), o propósito dessa parte da Convenção sobre Direito dos Tratados é precisamente o de unir o direito internacional sob a bandeira de um *sistema* jurídico, estabelecendo inter-relação entre suas normas nas mais diversas esferas. De acordo com a CDI (A/CN.4/L.682/Add.1, par. 1),

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

Esse documento da CDI também aborda a questão da hierarquia, fragmentação a harmonização do direito internacional. Para os membros da Comissão, o direito internacional deve ser aplicado com vistas ao estabelecimento de relações harmônicas entre os diferentes

regimes. Observa-se, nos casos interpelados no Tribunal Internacional para o Direito do Mar, que não havia incompatibilidade entre outras normas do direito internacional (citadas aqui e na próxima seção, 3.2.3), mas sim uma dificuldade de visualizar as ações sobre liberdade de navegação nesse contexto. O caso do uso excessivo da força utilizado no caso do *M/V Saiga* (2) não foi incompatível com a Convenção, tendo sido lido sob óptica do artigo 293(1). Na contramão, questões de direitos humanos e, como mencionado, questões mais gerais sobre direito dos tratados e adequação de legislação interna dos Estados não foram considerados pelo Tribunal de forma clara, dando apenas indicações.³⁷

Nesse sentido, observa-se que, nos casos analisados nessa dissertação, existe uma tendência acentuada na direção do fracionamento do direito internacional. Esse fracionamento é ocasionado, primeiramente, pela necessidade de Estados obterem decisões rápidas e pontuais acerca de disputas na interpretação do direito internacional. Por outro lado, o próprio Tribunal, tal como mostram os julgamentos dos casos 5, 6 e 19, também segue a tendência de fragmentação, ao contrário do que afirma seu ex-Presidente Jesus, supracitado. Devido ao papel preponderante que o direito internacional, harmônico, detém na definição operativa aqui utilizada de *rule of law*, a fragmentação apresenta consequências que serão discutidas com maior ênfase na seção 3.3. Cabe ressaltar, porém, que as decisões com base em recursos muito restritos a outras normas do direito internacional não condiz com a proposta de *rule of law*, seja em âmbito doméstico ou nas relações internacionais. Isso ocorre porque, ao restringir a análise a uma esfera, pode-se cometer injustiças em outras, o que é mais notável quando se invocam direitos humanos. A próxima seção, 4.2.3, aborda um aspecto específico da fragmentação do direito internacional: direitos humanos e o papel da pessoa humana.

4.2.3 Direitos humanos e liberdade de navegação nos casos do Tribunal

Aqui será discutido um caso particular da fragmentação do direito internacional, apontada na seção anterior. Lá, apresentaram-se exemplos de demandas interpeladas somente com foco na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar e, salvo poucas exceções, com pouco respaldo em outros instrumentos e princípios do direito internacional. Conforme já foi afirmado nas seções 2.1.2 e 2.3.2, os direitos humanos desempenham papel fundamental na definição de *rule of law* dessa dissertação. Por esse motivo, e também pelas situações já discutidas, porém sem profundidade, na seção anterior, faz-se necessário abordar a inter-

³⁷ Cf. *Camouco e Monte Confurco*.

relação entre direito do mar e direitos humanos quando se discute restrições à liberdade de navegação.

Essa dissertação já abordou o marco normativo no qual se baseia para fazer interpretações com o uso do direito internacional dos direitos humanos. Essas normas são, em alguns casos, vinculantes (como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) ou não vinculantes (como o Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Submetidas a Qualquer forma de Detenção – A/RES/43/173). Primeiramente, aqui, será aprofundada a questão do fracionamento do direito internacional, mas especificamente com foco em direitos humanos.

O fracionamento do direito internacional foi um tópico introduzido para consideração na Comissão de Direito Internacional pelo jurista austríaco Gerhard Hafner (GALICKI, 2008). A consideração do tópico passou a ser considerada pelo fato de que, tal como afirmava o estudo preliminar de Hafner, a multiplicidade de temas e normas primárias³⁸ em uma onda de codificação que se intensificou na segunda metade do século XX. Hafner estava interessado nos possíveis efeitos da multiplicação de normas específicas a certos temas do direito internacional e a forma com conversavam ou coexistiam em harmonia (GALICKI, 2008). O estudo da CDI, publicado em 2006, gerou várias conclusões. Relevantes para essa dissertação e, principalmente para o conceito de *rule of law* aqui trabalhado, estão a consideração do direito internacional como um sistema interdependente e considerações sobre direitos humanos e fundamentais da pessoa humana. De acordo com a CDI, tal como consta na citação da página 95 dessa dissertação, o direito internacional deve ser considerado sob uma ótica holística, e não isolada de acordo com cada área de dedicação. É relevante, ainda, e falando especificamente sobre a questão a que se dedica essa seção, ressaltar as conclusões da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre hierarquia entre normas do direito internacional.

Na parte do estudo da CDI que diz respeito à hierarquia, seu redator (Martti Koskeniemi) chamou a atenção para a supremacia de normas *jus cogens* sobre outras normas e princípios do direito internacional. Sobre *jus cogens*, o documento afirma, ainda, que “*Accepted rules of jus cogens include rules prohibiting genocide and torture as well as rules protecting the basic rights of the human person*” (A/CN.4/L.682/Add.1, par. 35, grifo meu). A parte grifada dessa citação diz respeito, especificamente, às normas vinculantes e não-

³⁸ De acordo com Buffard (2008, p. 14), adota-se a seguinte definição de normas primárias e secundárias do direito internacional: “*Les normes secondaires sont considérées comme les normes relatives à la création, l’application, l’interprétation et la sanction de la violation des normes primaires, qui sont des normes prescrivant un comportement (obligation de faire ou de ne pas faire).*”

vinculantes tratadas na seção 3.3.2, que, em conjunto com as disposições relevantes da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, regem a abordagem aqui utilizada para análise das restrições à liberdade de navegação. A CDI também afirma, no mesmo documento, que todas as normas *jus cogens* constituem obrigações *erga omnes*.

É no contexto de direitos humanos e considerações sobre a pessoa humana, justamente, que as decisões do ITLOS mostram maior contradição com o que disse o ex-Presidente da corte José Jesus.³⁹ Considerar-se-ão, aqui, alguns exemplos de situações nas quais o tribunal não deu a devida consideração à proteção da pessoa humana e a uma visão transversal ou harmônica do direito internacional, também com base no artigo 293(1) da Convenção de 1982.

Na demanda da Guiné, interposta por São Vicente e Granadinas (*M/V Saiga – 2*), o país caribenho solicitou que o Tribunal deliberasse, *inter alia*, sobre o uso excessivo da força e compensação pelos danos sofridos. No caso do uso da força, chama a atenção o fato de que a corte utilizou argumentos sobre a possibilidade de perigo à vida da tripulação. Não citou, contudo, normas específicas, sejam elas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ou normas não-vinculantes como os Princípios básicos sobre o uso de força e de armas de fogo por agentes responsáveis pela aplicação da Lei. Deve-se reconhecer, por um lado, o uso adequado do artigo 293(1) para chamar a atenção do perigo que a abordagem das autoridades guineenses representou para a tripulação do *Saiga*. O Tribunal, contudo, não fez referência a normas específicas cuja aplicação não se mostra incompatível à Convenção de 1982, mas sim complementar. A referência a normas específicas se faz necessária para evitar argumentos vagos, conforme menciona More, citado acima, podendo ser utilizadas para reforço do argumento jurídico ante as partes.

Há um problema particularmente sensível no julgamento do *M/V Saiga (2)*, que diz respeito à reparação às vítimas do fato. O Tribunal faz a devida referência a artigos ainda em rascunho pela CDI sobre responsabilidade de Estados, além da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. Fica de fora, entretanto, a Resolução 60/147 da Assembleia Geral da ONU, sobre princípios da reparação a vítimas de violações de direitos humanos. Os magistrados concederam compensação por danos à tripulação, mas não sem gerar outra polêmica, com uma decisão cujo simbolismo não pode ser ignorado. Primeiramente, a compensação é um direito de São Vicente e Granadinas, e não das partes diretamente afetadas. Logo, o Tribunal concede taxas de juros distintas para o não-pagamento da compensação, a depender da vítima:

³⁹ Cf. p. 47, *supra*.

The Tribunal considers it generally fair and reasonable that interest is paid in respect of monetary losses, property damage and other economic losses. However, it is not necessary to apply a uniform rate of interest in all instances. In the present case, the Tribunal has set an interest rate of 6% in respect of award of compensation. In determining this rate, account has been taken, *inter alia*, of commercial conditions prevailing in the countries where the expenses were incurred or the principal operations of the party being compensated are located. A higher rate of 8% is adopted in respect of the value of the gas oil to include loss of profit. A lower rate of interest of 3% is adopted for compensation for detention and for injury, pain and suffering, disability and psychological damage, payable from three months after the date of the Judgment (Julgamento do *M/V Saiga* –2, par. 174).

As respectivas taxas de juros estão no parágrafo 175 do texto da decisão final. Por meio das diferentes taxas, conclui-se que o Tribunal não considera pessoas como tendo direitos iguais aos de Estados ou pessoas jurídicas, sendo, por exemplo, o lucro mais importante que os danos materiais, físicos e psicológicos sofridos por pessoas a bordo da embarcação. Tal afirmação do Tribunal constitui um perigoso precedente no direito internacional, renegando a pessoa humana à condição de inferioridade quando, na teoria, a leitura harmônica do direito internacional coloca seus interesses acima dos demais. Isso também está na direção contrária do que, aqui, se considera como *rule of law* nas relações internacionais, como consequência da marginalização dos direitos humanos.

Sendo semelhantes no escopo das demandas, os casos do *Camouco* e *Monte Confurco* serão considerados em conjunto nessa seção. Partes das respectivas decisões do ITLOS já foram apresentadas nessa dissertação, também sendo relevantes para considerações sobre direitos humanos e a fragmentação do direito internacional. Já foram, aqui, relacionados os motivos pelos quais a detenção dos respectivos navios e tripulações não deveria incluir uma sanção de caráter penal, bem como a marginalização de outras normas do direito internacional. Mesmo restrito sob demandas apresentadas no amparo do artigo 292 da Convenção de 1982, o Tribunal fez um esforço discreto para tentar chamar a atenção da França sobre o fato de que as tripulações haviam sido detidas na inconformidade com o artigo 73(3). A corte só não o disse com todas as palavras na decisão.

No caso do *Monte Confurco*, entretanto, uma questão em particular merece atenção, e diz respeito a princípios gerais do direito. O Tribunal discute, no parágrafo 88 da decisão, a incapacidade de determinar se, de fato, houve violação da soberania francesa sobre seus recursos vivos e não-vivos na zona econômica exclusiva. Por esse parágrafo, o Tribunal não consegue determinar se os pescados encontrados a bordo do *Monte Confurco* foram pegos na ZEE francesa. Isso é muito relevante porque – e isso não ocorreu – no caso de dúvida, uma decisão sempre deve ser favorável ao suspeito (*in dubio pro reo*). Entretanto, o achado do ITLOS não teve qualquer consequência para os procedimentos penais franceses, tampouco

tendo isso sido discutido em maior profundidade. O correto, havendo dúvida, é que os processos fossem suspensos, uma vez que a incapacidade de prova de infração deve ser favorável ao réu.

Além da questão do princípio de *in dubio pro reo*, que tornaria a abordagem francesa infundada, poder-se-ia invocar o artigo 110 da Convenção de 1982. De acordo com o artigo 56 da Convenção, *supra*, a zona econômica exclusiva adota características, *mutatis mutandis*, do alto mar. Se, na interpretação *in dubio pro reo* da ação francesa, a abordagem do *Monte Confurco* fosse injustificada, entrariam em questão as disposições do artigo 110 relacionadas à reparação por abordagens que se mostram injustificadas. Por conseguinte, também se aplicariam as outras normas do direito internacional, às quais referências foram feitas nas páginas anteriores, sobre reparação. Guilfoyle (2009) reforça o fato de que, no âmbito de discussões sobre responsabilidade de Estados, existe um dever aceito de forma generalizada que garante a reparação. A demanda de Seychelles, porém, foi feita sob o artigo 292 da Convenção, o que inviabilizou decisão mais elaborada do Tribunal sobre isso, tampouco tendo a compensação sido exigida caso a abordagem se mostrasse injustificada. Entretanto, esse exercício especulativo tem o propósito de mostrar como considerações sobre direitos humanos se relacionam às questões ordinárias tratadas no Tribunal. O Tribunal também poderia, assim como fez com a questão da detenção, explorar um tema mas, mesmo assim, se abstendo de tomar decisão contrária ao artigo 292, que limita a deliberação às solturas e fianças.⁴⁰

Dos 14 casos aqui analisados, em um deles – *Volga* – foi registrada a morte de um membro da tripulação do navio. O capitão, de acordo com a afirmação da resposta australiana, veio a óbito devido ao consumo equivocado de substância nociva.⁴¹ Não houve, no julgamento – nem nas audiências, decisão ou opiniões separadas –, qualquer menção à morte do capitão Vasilkov, do *Volga*. O objetivo aqui é mostrar como o fato não foi questionado em nenhum momento, o que mostra um descaso. O descaso se caracteriza pelo fato de que, independentemente de estar a bordo do navio ancorado em porto australiano, o capitão Vasilkov e a embarcação – que, conforme constantemente é levantado pelo Tribunal, constituem uma unidade indissociável – estavam sob custódia daquele país. O ITLOS tem o dever de, no cumprimento de suas funções, garantir que os países implementem a Convenção com o devido respeito aos direitos humanos, principalmente com relação aos direitos de

⁴⁰ Cf. *Monte Confurco*, par. 90, no qual o Tribunal faz referência à condição de detenção, ordena a soltura do capitão, mas não adentra, limitado pelo artigo 292, nas questões procedimentais domésticas.

⁴¹ A resposta australiana às demandas da Rússia podem ser encontradas no site <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_11/statement_response_australia_e.pdf>.

prisioneiros (ver seção 3.2). Mesmo tendo, essa causa, sido submetida pelo artigo 292, questiona-se o porquê de óbito do capitão Vasilkov não ter sido questionado. Mesmo que o governo da Austrália tenha prestado a devida assistência e obedecido as regulamentações pertinentes, é importante que o Tribunal exerça esse tipo de fiscalização para garantir que os direitos das pessoas detidas sejam respeitados, ainda mais quando se entendeu, anteriormente, que tais detenções não estavam em conformidade com o art. 73(3) da Convenção de 1982.

No caso do *Juno Trader*, o Tribunal faz uma consideração importante sobre a detenção de embarcações e sua tripulação e a interpretação do artigo 73 da Convenção: “*The obligation of prompt release of vessels and crews includes elementary considerations of humanity and due process of law*” (par. 77). Entretanto, os casos aqui analisados contrastam com esse parágrafo e a interpretação do ITLOS, não encontrando respaldo em seus próprios julgamentos. Há, portanto, uma inconsistência na aplicação das considerações sobre o caráter humano nas decisões do Tribunal.

A primeira oportunidade, de acordo com as referências que já foram feitas, aqui, para que o Tribunal deliberasse acerca da questão a legalidade de detenção da tripulação de um navio ocorreu no *M/V Virginia G* (Panamá contra Guiné-Bissau). Na seção anterior mostrou-se como, nesse caso, somente três dos magistrados consideraram as ações de Guiné-Bissau como infringindo o artigo 73(3) da Convenção de 1982. Em sua demanda, o Panamá também faz um relato detalhado de como um dos membros da tripulação, Fausto Ocaña Cisneros, teve dificuldade para obter seu passaporte, quando precisava realizar uma visita urgente à Espanha:

In order to travel to Las Palmas, Mr Ocaña Cisneros required his passport, which had been confiscated by the Guinea Bissau authorities. In his efforts to retrieve his passport, Mr Ocaña Cisneros faced incessant and unreasonable refusals and administrative hurdles and difficulties ... It took months of considerable personal and diplomatic effort to retrieve his passport, by which the date on which he was meant to appear before the Las Palmas authorities had lapsed (Memorial, Panama, par. 348).

Nem a resposta de Guiné-Bissau, nem a decisão do Tribunal dão a devida atenção às particularidades relatadas pelo Panamá, e que baseiam, entre outros, um pedido de compensação por perdas tidas pelos tripulantes do *M/V Virginia G*. Mesmo que a detenção *per se* dos passaportes não constitua uma infração, o tempo que levou para que as autoridades Bissau-guineenses devolvessem os documentos pode ter tido consequências irreparáveis para Ocaña, levando as informações fornecidas pelo Panamá e constantes no parágrafo 300 da decisão. Essas consequências não foram levadas em consideração pelo tribunal em determinar a legalidade de sua detenção.

A penúltima consideração sobre direitos humanos diz respeito ao caso do *Arctic Sunrise*. Como a Rússia não tomou parte nos procedimentos do Tribunal Internacional para o Direito do Mar, tendo se recusado a dar detalhes nas comunicações oficiais com os Países Baixos e a corte, essa seção se vale de fontes secundárias⁴² para argumentar o caso. Primeiramente, deve-se ter em consideração que a Rússia, ao prender a tripulação do *Arctic Sunrise*, agiu contra o direito de liberdade de expressão, uma vez que o navio estava sendo utilizado para um protesto na zona econômica exclusiva, onde não existem direitos de restrição de atividade dessa natureza. O governo russo, ainda, prosseguiu com acusações descoladas da realidade, indiciando os tripulantes por pirataria, mesmo que a redação do artigo 101 da Convenção de 1982, que define pirataria, não abarcasse as ações do *Arctic Sunrise*. Configura-se, assim, uma situação onde o artigo 300 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar (abuso de direitos) foi violado pela Rússia, ao interpretar o artigo 101 de forma distorcida para suprimir o direito de liberdade de expressão, resguardado em instrumentos como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A única decisão do ITLOS, no período abarcado por essa dissertação,⁴³ com relação ao *Arctic Sunrise*, consistiu na determinação de uma fiança e na soltura dos tripulantes e embarcação, ignorando submissão dos neerlandeses para deliberar acerca do processo penal em curso na Rússia. Isso é particularmente grave, uma vez que o Tribunal tampouco fez menção a essa demanda neerlandesa. Os Países Baixos tampouco solicitaram esclarecimentos ao Tribunal com relação a essa questão, aparentemente satisfazendo-se com a determinação da liberação e fiança.

Finalmente, será feita uma breve consideração sobre um item da Convenção de 1982, a saber, a consideração de que navio e tripulação constituem uma só unidade, indissociável, tal como afirma o Tribunal no julgamento do *M/V Saiga (2)*. A primeira conclusão que se tira dessa seção é de que a consideração do navio e sua tripulação como uma unidade contribuem para que os direitos humanos sejam renegados ao segundo plano nas deliberações do Tribunal. Isso ocorre porque se ligam bens jurídicos distintos, sendo um deles (a pessoa humana) sujeito a proteção prioritária no direito internacional, tal como na consideração da CDI, *supra*. No caso do *M/V Saiga (2)*, essa afirmação contradiz a definição das taxas de juros, que possuem características distintas para pessoas físicas e jurídicas. Portanto, essa consideração do ITLOS não favorece a proteção dos direitos humanos no contexto de *rule of law* em que essa dissertação trabalha.

⁴² Cf. BBC NEWS, 2014; DEUTSCHE WELLE, 2014; VIDAL, 2014.

⁴³ Em 2015 houve outra decisão do Tribunal com relação à indenização devida pela Rússia.

A segunda conclusão é que ações interpeladas com base no artigo 292 da Convenção se mostram prejudiciais para a capacidade do Tribunal Internacional para o Direito do Mar interpretar o direito internacional de forma harmônica, invocando o artigo 293. Isso, ainda, contribui negativamente para a incorporação de elementos de direitos humanos nas decisões do Tribunal e seu *mainstreaming*, como um todo, no direito internacional. Isso se relaciona à forma como Estados demandam ações no ITLOS, a necessidade imediatista de obter a liberação das embarcações e, por conseguinte, evitar perdas de lucro em detrimento de considerações mais profundas sobre as pessoas envolvidas nos casos de restrição à liberdade de navegação.

As decisões do Tribunal Internacional para o Direito do Mar, portanto, têm representado esforços demasiadamente contidos de considerar o direito internacional sob óptica holística e com devida consideração sobre direitos humanos tal como prega Cançado Trindade (2013). A próxima seção aborda o modo como isso influencia os demais elementos da definição trabalhada, aqui, de *rule of law*.

4.3 Consequências para *rule of law*

O objetivo dessa seção é considerar a forma como os demais elementos do conceito de *rule of law* são ou não reforçados pelas decisões do tribunal. Como foi constatado na seção anterior, em alguns casos, há uma relação com a fragmentação do direito internacional, principalmente no caso da isonomia, como será visto na seção 3.3.3. Nos outros casos, essa seção considerará as questões de previsibilidade e ordem e restrições ao poder na definição de *rule of law*.

4.3.1 Previsibilidade e ordem

O primeiro capítulo dessa dissertação já tratou da importância de previsibilidade e ordem para o conceito de *rule of law*. Ao fazer uma das primeiras considerações sobre a questão, Bishop (1961) afirmou que uma das principais funções do direito internacional e, *rule of law*, é garantir a previsibilidade, sendo esta um dos principais desejos dos Estados. A previsibilidade também está associada à ordem, sendo as acepções de Hayek e Bull utilizadas

nessa dissertação.⁴⁴ Como ordem, no conceito de Bull, trata de um padrão de atividades, a capacidade de prever as ações dos atores é fundamental para garanti-la.

Por um lado, previsibilidade e ordem são consequências diretas do cerceamento do poder arbitrário, que será tratado na próxima seção. Entretanto, a resolução de disputas em meio pacífico, judicial, pode contribuir significativamente para esses dois resultados de *rule of law*.

A primeira contribuição consiste nas definições geradas nos casos analisados pelo Tribunal Internacional para o Direito do Mar, cujos esclarecimentos são de valor importante para a tomada de decisões dos atores do sistema internacional. Isso se deve ao fato de que o esclarecimento sobre pontos controversos do direito internacional produz informação sobre como serão resolvidos (HELPER; SLAUGHTER, 2005). Sendo assim, existem alguns exemplos nos casos analisados pelo Tribunal que devem ser mencionados. O caso do *M/V Saiga (2)* é particularmente importante, uma vez que as diversas demandas de São Vicente e Granadinas permitiram a definição de pontos importantes. Destacam-se, aqui, a interpretação sobre a perseguição (*hot pursuit*, artigo 111 da Convenção de 1982), o uso da força e reparações no âmbito do direito do mar. O caso do uso da força, conforme já tratado na seção 3.2.2, é um caso onde se invoca o artigo 293 e o Tribunal aproveitou para esclarecer, junto com questões sobre o perigo às tripulações, o uso de outras fontes do direito internacional. A relevância jaz no precedente que isso gera, invocado posteriormente em outros casos. Mesmo que a forma como reparações foram classificadas pelo ITLOS não condiz com os direitos humanos, gerou-se uma regra a partir da qual a corte deve decidir sobre danos em casos futuros (WENDEL, 2007).

Outro marco que pode ser considerado é o julgamento do *Camouco*, principalmente no que diz respeito à apreciação de demandas que fujam do que o artigo 292 permite que o Tribunal considere. Ou seja, o Tribunal optou pela interpretação mais positivista atendo-se exclusivamente à liberação de embarcação e tripulantes ou determinação da fiança. Todos os outros julgamentos baseados no artigo 292 seguiram a jurisprudência produzida no caso de número 5 (*Camouco*), mostrando como é possível caracterizar a geração de previsibilidade. Quando, no âmbito de demandas sob o artigo 292, outras questões foram levantadas, notadamente a legalidade da detenção da tripulação e os procedimentos internos adotados pelos países, foram rejeitadas pelos magistrados.

⁴⁴ Ver páginas 8 e 14, respectivamente, dessa dissertação.

Ainda em referência ao artigo 292, o ITLOS emitiu importante julgamento, no caso do *Tomimaru*, esclarecendo a importância de *ratione temporis* na interpelação de ações sob esse artigo e rejeitando a demanda japonesa. A argumentação da corte seguiu o raciocínio de que, tratando o artigo da *pronta* liberação e, tendo seu conteúdo prazos específicos para a realização de certas ações por parte de Estados, a consideração *ratione temporis* é fundamental para basear a demanda sob o artigo 292 da Convenção. Extrapolado o prazo que o tribunal considera razoável – oito meses, tempo levado pelas autoridades japonesas não foi considerado como tal – não é possível interpelar uma demanda sob o amparo desse artigo.

Ligado, ainda, ao *Camouco*, pode-se ressaltar as regras definidas pelo Tribunal para as fianças. Como grande número de casos determinou fianças consideradas abusivas, cabe ressaltar os elementos essenciais considerados pelo Tribunal (*Camouco*, par. 67):

The Tribunal considers that a number of factors are relevant in an assessment of the reasonableness of bonds or other financial security. They include the gravity of the alleged offences, the penalties imposed or imposable under the laws of the detaining State, the value of the detained vessel and of the cargo seized, the amount of the bond imposed by the detaining State and its form.

A próxima seção abordará, ainda, a questão da razoabilidade das fianças e possíveis abusos de direitos. Entretanto, o importante do julgamento em questão é a regra gerada e seguida em todas as outras decisões com base no artigo 292 ou em que a razoabilidade das fianças foi questionada – pelo menos cinco casos (5, 6, 11, 13, 14 e 19).

Em algumas situações, porém, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar deixou a desejar, gerando insegurança. Esse é o exemplo das questões levantadas pelo Panamá e Seychelles contra a França (*Camouco* e *Monte Confurco*) e pelo Panamá contra Guiné-Bissau (*M/V Virginia G*), no que se refere à detenção ou prisão da tripulação dos navios. Essa dissertação já tratou desses temas nas seções anteriores, mas é importante enfatizar que as decisões do ITLOS nesse respeito, principalmente ao ignorar as disposições do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, assim como o artigo 73(3) da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar e outras normas da Assembleia Geral da ONU, respaldam Estados que se utilizam de artifícios meramente formais para praticar a prisão *de facto* (embora não *de jure*) das tripulações de navios que infringem regulamentações pesqueiras.

Apesar de, em determinadas circunstâncias, o ITLOS contribuir para a previsibilidade e, conseqüentemente, ordem nas relações internacionais, percebe-se como a fragmentação do direito internacional desempenha um papel catalisador, utilizando o parágrafo anterior como exemplo. Um outro problema da leitura isolada do direito do mar e,

especificamente da Convenção, é possibilidade de que circunstâncias similares possam ter uma releitura, a depender das normas utilizadas em sua análise. Isso poderia ser evitado se, desde o início a corte fizesse uso do artigo 293. Pela redação desse artigo (vide página 91), a aplicação de outras normas do direito internacional não só é esperada, como também não depende de uma expressa exigência ou apresentação de tais fundamentos nas demandas dos Estados ante o Tribunal.

Uma consideração final sobre a ordem decorre das questões avaliadas acima. A solução de controvérsias constitui um reforço à ordem endógena, espontânea de um sistema, uma vez que não há uma autoridade que a imponha de forma arbitrária. Trata-se de uma situação em que diferentes partes acordam em submeter uma disputa à resolução pacífica, comprometendo-se com a vinculação que se gera a elas. Pode-se argumentar, ainda, que há um reforço da noção de ordem internacional tal como traçada por Bull, em que princípios primários e secundários da sociedade internacional são preservados por meio de padrões de atividades. Há, por exemplo, o entendimento do Tribunal de que a subsistência das pessoas é essencial, mas deve-se ter um equilíbrio entre, de um lado, a soberania estatal para fiscalização do que lhe compete e, do outro, o direito de outros Estados e populações ao acesso a recursos que podem ser compartilhados, bem como o resguardo da liberdade de navegação que pode, em determinadas circunstâncias, ser restringida.

Sendo assim, apesar de haver uma defesa de princípios primários e secundários da sociedade internacional, em alguns momentos falta clareza do Tribunal Internacional para o Direito do Mar decidir sobre questões mais transversais. A liberdade de navegação pode ser restrita em determinadas circunstâncias, mas essa leitura envolve considerar, transversalmente, outros atores e normas nas relações internacionais. No contexto da fragmentação do direito internacional, fica claro que previsibilidade e ordem são atingidas, em alguma medida, pelo ITLOS, quando suas interpretações (mesmo da área restrita do direito do mar) contribuem para a regularização de entendimentos e padronização de procedimentos. A insegurança permanece, contudo, pelo fato de que a fragmentação ignora outras áreas correlatas do direito aplicável e fatos que, necessariamente, se vinculam.

4.3.2 Restrições ao poder arbitrário

A existência de um mecanismo de solução de controvérsias de forma pacífica também beneficia o controle do uso arbitrário do poder, em todos os aspectos levantados na seção 1.3.2. Primeiramente, considera-se a possibilidade de que Estados, independentemente

de seu tamanho, potencial econômico ou militar, resolvam disputas sem o recurso à força. Essa questão será abordada como maior ênfase na seção seguinte, sobre isonomia. Entretanto, para *rule of law*, o cerceamento do poder arbitrário é um tema recorrente, e o fato de que o Tribunal permite que países com diferentes contextos de poder e desenvolvimento estejam em pé de igualdade é fundamental para sua contribuição para a direção desse ideal nas relações internacionais.

Logo, cabe abordar a forma como os julgamentos contribuem para a distribuição de benefícios que tendem a evitar a proliferação do poder arbitrário. Citado na seção 3.1, os casos que envolvem fiscalização e pesca de espécies reguladas são, aqui, de utilidade. O *Camouco*, *Monte Confurco*, *Grand Prince* e *Volga* foram todos, de alguma forma, ligados pela merluza negra. Aquela seção também abordou a forma como essa espécie está sujeita à gestão de pesca. Nos julgamentos, o Tribunal considerou o contexto da pesca ilegal como um fator a ser considerado para a definição das fianças, baseado em apelos como o da Austrália:

The Respondent has pointed out that continuing illegal fishing in the area covered by the Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (“CCAMLR”) has resulted in a serious depletion of the stocks of Patagonian toothfish and is a matter of international concern. It has invited the Tribunal to take into account “the serious problem of continuing illegal fishing in the Southern Ocean” and the dangers this poses to the conservation of fisheries resources and the maintenance of the ecological balance of the environment (*Volga*, par. 67).

Fica, assim, evidente que a Austrália solicitou ao Tribunal que, ao tomar sua decisão, tomasse em consideração os direitos de outros Estados pescarem em sua ZEE, ao mesmo tempo em que se reserva o direito de fiscalizá-la. É um impedimento a ações individualistas que visa, ao final, garantir o usufruto dos recursos vivos por todos os atores. Portanto, ao tratar do papel da distribuição de benefícios, entende-se que também se promove restrição à arbitrariedade ao assegurar as diversas capacidades de exploração e preservação entre os atores. Impede-se, assim, a preponderância de um ator sobre os outros. Trata-se de incentivo à noção de patrimônio comum da humanidade, tal como aborda Galindo (2006) em sua tese. Galindo abordou os fundos marinhos, mas percebe-se como o tema encontra semelhanças com a presente situação. Citando Charles Kiss, Galindo trata do tema como “a existência de uma tensão permanente entre a aspiração dos Estados a uma soberania mais extensa e a consciência ... de que estavam ... condenados a habitar em conjunto o planeta, de onde decorria uma obrigação de cooperarem mutuamente” (2006, p. 131). Qualquer reforço de *rule of law*, portanto, necessariamente perpassa a preservação do patrimônio comum da humanidade, pesando os direitos de exploração e preservação. Nenhum Estado, por

consequência, pode dirimir outros em benefício próprio – entendendo que o ato de dirimir, por diferentes que sejam as formas, constitui ação arbitrária.

As decisões do ITLOS relacionadas a violações pesqueiras são fundamentais para contenção da arbitrariedade nos julgamentos. Isso ocorre pelas determinações relativas ao direito de fiscalização e exigência das devidas autorizações por parte dos Estados costeiros (como no caso do *M/V Virginia G*), bem como do resguardo dos direitos das embarcações, empresas e Estados no devido processo legal. No caso do *Juno Trader*, por exemplo, o Tribunal decidiu pela soltura da embarcação e tripulação mediante postulação de uma fiança calculada pela própria corte. Esse mecanismo exemplifica uma contribuição à noção que o poder arbitrário deve ser restringido, uma vez que o Estado costeiro tinha o direito de fiscalizar e autorizar ações de pesca em sua zona econômica exclusiva mas, por outro lado, o Estado pavilhão e a embarcação também têm o direito à navegação, que se permite mediante uma compensação ao Estado costeiro (fiança). Ou seja, impede-se que cada parte vá além do direito concedido para tirar proveito próprio. Em todos os casos analisados pelo Tribunal com base no artigo 292 houve alteração do valor da fiança (sempre que esta foi considerada, uma vez que algumas demandas não foram apreciadas). Sendo assim, o Tribunal realizou seu papel de guardião, impedindo que Estados abusassem de seu direito de definir garantias ou fianças. Assim, é possível observar a diversidade de considerações que são feitas em prol da ponderação entre direitos de navegação, usufruto de recursos e a soberania dos Estados sobre aquilo pelo que lhes compete zelar na ZEE.

Como foi visto, o poder arbitrário é a antítese de *rule of law*. Assim, *a priori*, a resolução de disputas por meio de cortes internacionais é a melhor forma de garantir *rule of law* (CANÇADO TRINDADE, 2013), evitando a preponderância com base em critérios que não estejam vinculados à interpretação do direito – que, aqui, deve ser considerado de forma ampla.

Ainda sobre a arbitrariedade, uma circunstância do caso *Arctic Sunrise* merece ser discutida, principalmente pelos precedentes e forma como tem potencial de prejudicar esforços na direção de *rule of law*. Nesse caso, a Rússia se recusou a participar do procedimento judicial instaurado no Tribunal pelos Países Baixos. Somente dessa recusa, pode-se tirar algumas conclusões. Pela nota verbal da Rússia ao Tribunal,⁴⁵ conclui-se que o país enxerga os diferentes procedimentos (internos, em âmbito penal e no ITLOS) como excludentes, mesmo quando a Convenção e o ITLOS, nos outros casos, tenham sido claros

⁴⁵ https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Note_verbale_Russian_Federation_eng.pdf

que a incompatibilidade se dá somente no âmbito do artigo 292. A exclusão, também, se restringe à consideração do Tribunal sobre os procedimentos internos, não se aplicando à possibilidade de discutir outros elementos da legalidade de ações de um Estado. Por esse motivo, e corroborado pelo entendimento do Tribunal na decisão de novembro de 2013, a interpretação russa foi utilizada de forma a evitar sua participação no processo quando, de fato, esse direito não lhe é concedido pelas reservas que fizera à Convenção nem pelo teor da mesma ou jurisprudência internacional. A título de exemplo desse último, a decisão do tribunal cita diversas decisões da Corte Internacional de Justiça que se tomaram sem a participação de uma das partes.

A segunda conclusão se divide em duas partes. Na primeira, infere-se que a Rússia se considera acima de qualquer tribunal internacional, que demandas feitas por outros países não são de sua preocupação e não está disposta a cumprir com as decisões da instância. Tal inferência aproxima as atitudes da Rússia à arbitrariedade. A segunda se relaciona ao fato de que, anteriormente, no caso do *Volga*, Moscou já havia protagonizado uma ação no ITLOS – e que não lhe foi inteiramente satisfeita. A inferência, conseqüentemente, é que Estados, a exemplo da Rússia, recorram ou ignorem Tribunais internacionais de acordo com a conveniência. Essa segunda parte da conclusão, porém, é mais adequada para enquadrar as ações da Rússia pelo simples fato de que o país já havia, antes, recorrido ao ITLOS e também se defendido de demandas do Japão, sendo bem-sucedido nessas duas últimas (à exceção da questão do valor da fiança do *Hoshinmaru*). Mesmo assim, diante da situação em que uma das partes se tornou ausente, a ausência transmite uma imagem negativa, de que o poder judicial não está a seu alcance. A resposta do Tribunal, no julgamento, entretanto, foi muito adequada ao impedir a imposição de supremacia unilateral sobre os Países Baixos e da Rússia, mesmo que esta última estivesse ausente. A decisão (par. 53), por exemplo, reforça essa noção:

Considering that the prescription of provisional measures must also take into account the procedural rights of both parties and ensure full implementation of the principle of equality of the parties in a situation where the absence of a party may hinder the regular conduct of the proceedings and affect the good administration of justice.

Por mais que seja preocupante, de acordo com o afirmado nas seções anteriores, que o Tribunal, nesse caso específico, ignore parte das demandas dos Países Baixos, deve-se considerar um fator positivo que a corte baseie sua decisão geral na oportunidade, amplamente tida por ambas as partes, de defesa e do devido processo legal. Houve tentativa

de interferência por uma das partes, mas o Tribunal fez o que pôde para garantir o devido processo.

A leitura feita, portanto, dos julgamentos, permite afirmar que o Tribunal Internacional para o Direito do Mar representa uma importância instância para garantir ou fomentar *rule of law* nas relações internacionais no que diz respeito ao cerceamento do poder arbitrário. Isso envolve todas as acepções, incluindo a distribuição de benefícios e de recursos entre as partes (de forma equitativa), como é o objetivo da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. A fragmentação do direito internacional, entretanto, ainda pode representar um retrocesso, uma vez que afeta outra questão diretamente relacionada: isonomia dos atores nas relações internacionais. Esse é o tema a ser abordado na seção 4.3.3.

4.3.3 Isonomia

Estados são, indiscutivelmente, atores das relações internacionais e sujeitos de direito internacional (ACCIOLY, et al., 2009; BROWNLIE, 2003 CANÇADO TRINDADE, 2013). As discussões dessa dissertação sobre restrições à liberdade de navegação e, também, os julgamentos do Tribunal Internacional para o Direito do Mar, são emblemáticos por envolverem um universo de atores maior que o tradicionalmente aceito nas relações internacionais. Não só indivíduos, mas também empresas ou organizações não-governamentais têm interesses nas disputas aqui analisadas. Em alguns momentos, o Tribunal considerou o papel que esses atores têm, bem como seus direitos, mas sempre condicionando-os aos Estados aos quais estão vinculados. Na prática, as decisões do ITLOS que consideram direitos de empresas, ONGs e indivíduos são erráticas. Isso também resulta da fragmentação do direito internacional e da forma como a Convenção de 1982 foi redigida.

Parte do problema que impede que, na prática, a pessoa humana, corporações ou ONGs sejam tidos em pé de igualdade com o Estado reside na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. A Convenção, por sua vez, condiciona, em parte, a aplicação do direito pelo Tribunal. O texto da Convenção menciona, em poucas ocasiões, disposições sobre indivíduos. A maior parte de seu texto dedicado à pessoa física diz respeito à formação ou procedimentos de instituições criadas em seu âmbito, tais como a Autoridade Internacional para Fundos Marinhos. Notadamente, os artigos 18 e 98 versam sobre a proteção da pessoa humana. O artigo 98 aborda o dever de proteger pessoas de embarcações (no alto mar), enquanto o artigo 18 trata de tema semelhante no mar territorial. O resto da Convenção menciona pessoas, também, em sua capacidade de responsabilização, ou seja, quando podem ser

responsabilizadas e sancionadas por determinadas atividades (por exemplo, no artigo 101 com relação à pirataria).

Diferentemente da pessoa humana, as empresas e organismos internacionais, ou seja, a pessoa jurídica, possui ainda menos lugar na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar. Os artigos que abordam o tema são meramente regulatórios, não se encontrando disposições específicas acerca de seus direitos enquanto sujeitos do direito internacional. Logo, *a priori*, não se consideram sujeitos do direito internacional. Entretanto, como foi abordado na seção 3.3.2, há a possibilidade de considerar pessoas jurídicas como possuindo direito de compensação segundo o artigo 110(3) da Convenção de 1982. Wendel (2007) dedicou porção importante de seu estudo a essa questão. Sua obra aborda, especificamente, o alto mar que, *mutatis mutandis*, gera definições aplicáveis à zona econômica exclusiva por força do artigo 58 da Convenção. Segundo Wendel,

Therefore, the Law of the Sea Convention does not contain a right of private entities to be safe from interferences on the high seas by States other than the flag State. Does this contradict the potential existence of an individual right to compensation in cases of some interferences? The previous considerations have shown that the interests of private entities definitely play a role for the interpretation and application of the freedom of navigation and of the exclusive jurisdiction of the flag State. The interplay between these two cornerstones of the Law of the Sea provides an important umbrella protecting the interests of private entities. However, **the flag State remains an essential actor because it represents the only entity being able to claim the violation of the freedom of navigation** (2007, p. 88, grifo meu).

A afirmação de Wendel, acima, é corroborada por e baseada nos do Tribunal. Os que vieram posteriormente à obra de Wendel e que envolveram questões de compensação, como o caso número 19, mantêm esse entendimento. O direito de Estados à compensação, conseqüentemente, afeta tanto os direitos de pessoas físicas e jurídicas a obtê-la, dirimindo a isonomia necessária para o fomento ao princípio de *rule of law*.

Apesar de, majoritariamente, o Tribunal da Internacional para o Direito do Mar manter a interpretação corrente de que os direitos pertencem aos Estados pavilhões, Wendel (2007) também afirma que se deve reconhecer uma concessão, embora limitada, de direitos às pessoas físicas e jurídicas. Exemplo é o artigo 292, onde a interpretação de Oxman (*apud* WENDEL, 2007) esclarece que, na prática, entidades privadas podem interpelar ações em nome de Estados, tal como ocorreu em algumas circunstâncias aqui analisadas (casos do *Juno Trader*, *Grand Prince* e *Monte Confurco*, por exemplo). Indivíduos teriam acesso por meio de associações privadas, tais como sindicatos, mas ainda assim não há *jus standi* da pessoa humana ante o Tribunal.

O caso de organizações não-governamentais é, ainda, mais complexo. Apenas em uma ocasião (*Arctic Sunrise*) houve envolvimento. O Greenpeace, entretanto, foi representado pelo governo dos Países Baixos, não podendo atuar como demandante no Tribunal Internacional para o Direito do Mar. As gestões relatadas no caso e replicadas na decisão da corte mostram, ainda, um alto nível de envolvimento dos Países Baixos em defesa dos direitos da ONG e dos tripulantes da embarcação. Isso mostra, ainda, visões diferentes de como se deve interpretar a Convenção e políticas de respeito à corte e aos envolvidos no caso, diferentemente do que ocorreu com a recusa de Moscou em participar dos procedimentos no Tribunal.

Algumas decisões do Tribunal são emblemáticas na consideração da igualdade entre os diferentes atores das relações internacionais. Primeiramente, ressalta-se o caso número 2, onde as diferentes taxas de juros foram aplicadas aos diferentes atores envolvidos (Estados, empresas e indivíduos).⁴⁶ Essa decisão coloca os indivíduos em último lugar na lista de prioridades e sujeitos de direitos, e não poderia ser mais prejudicial para a criação de uma ordem isonômica nas relações internacionais, além de ignorância dos direitos fundamentais e individuais da pessoa humana, entre os quais figura a reparação. Também é um exemplo da fragmentação do direito internacional, uma vez que não se considerou a resolução 60/147 da Assembleia Geral ou o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Normas *jus cogens* detêm primazia no direito internacional.

A decisão sobre as taxas de juros é ainda mais controversa pelo fato de que não havia norma pré-existente sobre a quantificação de indenizações. O Tribunal estava diante da primeira oportunidade de decisão sobre o tema. Considerando que a Convenção de 1982, tal como citado nessa seção, não dá primazia aos direitos de indivíduos, nem outros atores como corporações e ONGs, havia a possibilidade de que, por uma leitura holística do direito internacional, se criassem regras que pudessem dirimir essa discrepância. O Tribunal não fez uso dessa oportunidade.

Essa dissertação já fez ampla referência aos casos do *Camouco* e do *Monte Confurco*, além do *M/V Virginia G* no que diz respeito às questões de detenção da tripulação e o artigo 73(3) da Convenção. Contrário ao que consta no julgamento do caso *Juno Trader*,⁴⁷ o Tribunal pôs os direitos soberanos dos Estados, bem como as disposições da Convenção de 1982, acima dos direitos de indivíduos e outras normas do direito internacional aplicáveis à situação.

⁴⁶ Cf. p. 53 dessa dissertação.

⁴⁷ Vide p. 55.

O *M/V Virginia G*, entretanto, contém, ainda, um reforço à noção de que o Estado é a única parte que pode clamar por compensações advindas das restrições à liberdade de navegação. Na decisão (par. 434), o ITLOS conclui que

in light of its findings and in conformity with its jurisprudence set out above, **Panama** in the present case is entitled to reparation for damage suffered by it. **Panama** is also entitled to reparation for damage or other loss suffered by the *M/V Virginia G*, including all persons and entities involved or interested in its operation, as a result of the confiscation of the vessel and its cargo (grifo meu).

Por último, destaca-se o papel secundário que a pessoa humana possui no âmbito do direito do mar e restrições à liberdade de navegação, na visão do Tribunal no caso 22. O Tribunal se esquivou de fazer qualquer consideração sobre a detenção da tripulação. Não considerou sua legalidade, tampouco a instalação de processos penais contra as pessoas que estavam a bordo do *Arctic Sunrise*, ainda que fosse uma das demandas submetidas pelo governo dos Países Baixos. O Tribunal preferiu determinar a liberação da tripulação e embarcação mediante fiança. À luz desses fatos, também é possível inferir que a decisão sobre essa soltura e a fiança tiveram impacto mínimo no governo russo. Apesar de a tripulação ter sido liberada pouco tempo (uma semana) depois da decisão do Tribunal, (GUARDIAN, 2013) a embarcação só foi liberada sete meses depois da decisão da corte internacional (VIDAL, 2014). Tampouco há qualquer evidência ou referência à decisão do ITLOS nos atos de liberação do governo russo, não tendo sido encontradas notícias, pronunciamentos ou decisões que relacionem os dois casos.

A questão de isonomia é central para *rule of law*, assim como os outros elementos de sua definição. Aqui, foi analisada no contexto das disposições da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, além de sua relação com equilíbrio de poder e direitos humanos, que a precederam. Diante dos casos analisados no Tribunal Internacional para o Direito do Mar, pode-se concluir que há primazia dos direitos de Estados sobre os demais atores. Empresas seguem o Estado na lista de prioridades, estando a pessoa humana renegada ao último lugar. Citando Spiropolous, Cançado Trindade afirma que “*without granting to individuals direct means of action at international level, his rights will continue to be ‘without sufficient protection’; only with such direct action before an international instance ... an effective protection of human rights will be achieved*” (2013, p. 245, grifo do autor). Por esse motivo, conclui-se que o Tribunal não contribui para a isonomia dos atores nas relações internacionais e, conseqüentemente, para o objetivo máximo de *rule of law* que é a garantia de usufruto dos direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

Foi objetivo dessa dissertação aplicar o conceito de *rule of law* às relações internacionais. Essa aplicação, como resultado dos esforços empregados, também resultou em uma hipótese que permeava o estudo, i.e., de que *rule of law* constitui uma forma de regência nas relações internacionais. O desenvolvimento do trabalho, entretanto, levantou uma série de questões relacionadas ao tema central (*rule of law*) e, também, à questão da liberdade de navegação, aqui utilizada para ilustrar a aplicação do conceito nas relações internacionais.

O segundo capítulo buscou trabalhar o conceito de *rule of law*, recorrendo, para tal, à literatura jurídica e política sobre o conceito e, também, a autores de teoria de relações internacionais. *Rule of law* é um termo em torno do qual há nível considerável de controvérsia conceitual. As divergências incluem os elementos constituintes ou necessários para se chegar lá bem como definições mínimas ou substantivas. O mais importante, sem dúvida, é considerar que se trata de uma situação *ideal* – não existe *rule of law*, mas deve-se almejar atingir esse cenário ideal. Além disso, o componente de direitos humanos, apesar de críticas de autores que não os consideram necessários para que se haja *rule of law*, estão no cerne do cenário ideal pela forma como também reúnem princípios necessários para considerar o fim último da lei: o indivíduo.

Tradicionalmente, as Relações Internacionais se pautaram com ênfase na anarquia internacional, principalmente dada por autores realistas. Para poder considerar a *rule of law* nas relações internacionais, entretanto, é necessário quebrar esse vício – algo que já havia sido feito por autores como Nicholas Onuf e Hedley Bull. Partindo do princípio que a anarquia não é um fator limitante na análise das relações internacionais, é possível conceber outras formas de regência, tal como regimes ou a governança global. Sendo assim, abre-se caminho para pensar o que seria *rule of law* nas relações internacionais: uma situação ideal em que o direito internacional gera previsibilidade e ordem, restrição ao poder arbitrário e isonomia entre os atores no sistema internacional, respeitando os direitos humanos. O primeiro desafio, no que toca essa definição, foi abordado de forma mais substancial no terceiro capítulo: conceber uma noção de direito internacional tal como pregada por Koskenniemi, ampla, harmônica e com diálogo entre as distintas esferas temáticas. Dessa forma, é possível aplicar um olhar diferenciado sobre a questão da liberdade de navegação e suas restrições, em que não somente os direitos e deveres de Estados estão em jogo, mas também o de indivíduos e pessoas

jurídicas. Essa abordagem também está em consonância com o quesito de isonomia do conceito de *rule of law* nas relações internacionais, segundo o qual diversos atores são sujeitos de direitos e deveres. A ênfase no direito internacional dos direitos humanos, contudo, tem o objetivo de mostrar que o indivíduo tem direitos que não podem ser ignorados em prol dos outros atores – motivo pelo qual se apresenta como elemento transversal na definição de *rule of law*.

A discussão sobre *rule of law* também tem o papel de mostrar como direitos não são absolutos. O início do terceiro capítulo com a discussão sobre razoabilidade esteve diretamente relacionado à previsibilidade e ordem, assim como aos direitos humanos. Como requisito para a manutenção da ordem e, como influência da norma, é possível restringir direitos dentro de certo limite. A própria Convenção da ONU sobre o Direito do Mar apresenta uma estrutura de salvaguarda de direitos e deveres pautada na razoabilidade. As distintas correntes de *mare clausum*, *mare dispensatorium* e *mare liberum* presentes na Convenção refletem as distintas concessões e diferentes aplicações da razoabilidade desenvolvidos durante os dez anos de trabalhos preparatórios desse tratado internacional. Normas de direitos humanos entram nessa visão como complemento, uma vez que, no caso específico de restrições à liberdade de navegação, se relacionam com os indivíduos no centro das ações de interdição estatal. Aqui, também se considerou que a Convenção de 1982 não é incompatível com outros instrumentos de direito internacional, muito menos com princípios gerais ou normas em desenvolvimento pela Comissão de Direito Internacional, por exemplo. Portanto, no caso de uma esfera muito específica do direito internacional público (direito do mar e liberdade de navegação), é possível dialogar com outras normas. Além disso, quando se fala sob a égide de *rule of law*, essa relação harmônica com outras esferas do direito é necessária.

Uma das premissas de que se partiu, nessa dissertação, era a de que Estados encontravam dificuldades substanciais para o devido exercício da liberdade de navegação, devido ao que sustentam alguns autores consultados. Entretanto, a análise da documentação das Nações Unidas, feita no segundo capítulo, mostrou falta de fundamento para essa premissa. Ao contrário, a dificuldade do exercício da liberdade de navegação dos oceanos se encontra em questões específicas – como a pirataria, uso obrigatório de práticos, divergências sobre os usos militares da zona econômica exclusiva ou ações de interdição quando o assunto é pesca ou questões ambientais. Desde o início do período aqui abarcado (1997-2014), o número de países com políticas e legislações incompatíveis com a Convenção, da forma como relatado ou discutido nos distintos foros das Nações Unidas, não corrobora a premissa de que

a liberdade de navegação não é usufruída. Entretanto, esses mesmos documentos mostraram como as questões pontuais identificadas têm o potencial de gerar controvérsia entre Estados. Isso mostra divergência interpretativa sobre o direito internacional nesses quesitos, o que tende a prejudicar as práticas – com consequências para a previsibilidade e ordem.

As discussões na Assembleia Geral, nos Relatórios do Secretário-Geral das Nações Unidas e demais documentos analisados levantam, ainda, a questão da isonomia. O único ponto positivo a seu favor é a existência de um Processo Aberto de Consultas Oficiosas, que possui caráter meramente consultivo. De modo geral, observa-se que indivíduos e outros atores das relações internacionais não tem papel preponderante (o que não é de se estranhar), mas tampouco figuram como tópicos de discussão ou preocupação. De fato, em poucas ocasiões foram o indivíduo e seus direitos objetos de discussão nesses foros. Salvo as preocupações com segurança (em termos de violência), direitos das tripulações, não houve manifestações a seu respeito e nota-se, por consequência, uma discussão eminentemente estatocêntrica sobre liberdade de navegação. Isso, ainda, pode ser uma consequência da ausência do indivíduo como bem protegido na Convenção de 1982, apesar de figurar como elemento fim em seu preâmbulo.

Apesar de, majoritariamente, Estados respeitarem o direito à liberdade de navegação, o quarto capítulo trouxe à tona um debate crucial à noção de *rule of law*: a relação entre as normas de direito internacional, direitos humanos e legislação doméstica dos Estados. As fundamentações da maioria dos casos analisados, com base no artigo 292 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, inviabilizou considerações mais abrangentes do ITLOS. Deve-se observar, entretanto, que os casos sobre liberdade de navegação mostram uma tendência fragmentadora também no elo entre o direito internacional, direitos humanos e a legislação doméstica de Estados. Se, por um lado, ações de interdição e restrição da liberdade de navegação podem ser consideradas lícitas, cessar a análise nesse ponto significa ignorar possíveis violações de direitos humanos e inconsistências entre o direito interno e obrigações *erga omnes* nas relações internacionais. Tratar de restrições à liberdade de navegação não significa encabeçar uma perspectiva negligente com relação às obrigações de Estados no tratamento às pessoas que adentram o sistema de justiça criminal. Também não significa que a comunidade internacional deva continuar ignorando o fato de que certos países, em contradição à Convenção de 1982, continuem a encarar a pesca ilegal, não declarada e não regulamentada em âmbito penal – ou como justificativa para ações de interdição. Finalmente, a limitação imposta ao Tribunal Internacional para o Direito do Mar por meio do artigo 292 da Convenção é prejudicial para a abordagem de questões correlatas à liberação de navios,

como o tratamento penal de infrações pesqueiras. Enquanto Estados continuarem apresentando demandas sob o artigo 292, questões sobre outras esferas do direito continuarão a ser ignoradas pelo ITLOS. Enquanto as questões correlatas, sobre direitos humanos e, ainda, adaptações necessárias à legislação interna continuarem sendo ignorados, a previsibilidade e ordem nas relações internacionais continuarão prejudicadas.

O ponto positivo dos mecanismos estabelecidos sob a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, aliados às determinações da Assembleia Geral de que se crie um fundo de apoio, é a possibilidade de que os menores Estados estejam em pé de igualdade com grandes potências em casos contenciosos. Isso significa dizer que as vontades de Estados com maior potência podem ser equilibradas em foro específico, evitando a preponderância de suas determinações de forma arbitrária. Essa é parte da essência do conceito de *rule of law*: o fim da arbitrariedade, tal como é conhecida.

No conceito aqui utilizado para *rule of law*, direitos humanos entram com auxílio do verbo respeitar, em seu gerúndio. O gerúndio foi utilizado não por acaso, mas para denotar caráter contínuo, transversal e *sine qua non* de direitos humanos e, por consequência, o respeito aos indivíduos na situação ideal que seria *rule of law*. A análise da documentação oriunda dos foros da Organização das Nações Unidas, assim como os casos do ITLOS analisados no quarto capítulo, mostram uma posição marcadamente marginal do indivíduo nas relações internacionais e, sobretudo, como sujeito de direito internacional. Se o respeito aos direitos humanos está no cerne da definição de *rule of law*, não se pode concluir, por meio dessas consultas, que há, de fato, exercício efetivo de influência na direção dessa situação ideal. A não comprovação da hipótese apresentada nessa dissertação não implica, contudo, um completo rechaço de influência que possa ter *rule of law* nas relações internacionais. Em olhar mais otimista, significa que algo simples (embora de praticidade complexa) como relevar a importância dos direitos humanos nas relações internacionais possui papel significativo na direção de um ideal progressista.

Independentemente da hipótese, porém, cabe ressaltar que essa dissertação também apontou olhar distinto sobre as relações internacionais, ou seja, a aplicação de um conceito que organiza determinados elementos em um modelo analítico específico. *Rule of law* nas relações internacionais permitiu analisar a questão sobre liberdade de navegação de diversas perspectivas. Pondera efeitos sobre previsibilidade e ordem, isonomia, restrições ao poder arbitrário e o respeito aos direitos humanos elencando debates tradicionais e contemporâneos da disciplina de Relações Internacionais.

No segundo capítulo dessa dissertação, levantaram-se críticas ao conceito de *rule of law*, entre elas a do movimento crítico no direito. Mencionar *rule of law*, em determinados contextos, implica trabalhar com uma agenda, principalmente, porque, frequentemente, os conceitos utilizados para *rule of law* possuem motivações diversas. Nas relações internacionais, entretanto, o objetivo de se pensar *rule of law* ultrapassa as diversas motivações e agendas dos atores que abordam o conceito, principalmente pelo fato de que, assim como demonstrado nessa dissertação, não se trata de promover uma agenda intervencionista ou de reformas. Nas relações internacionais, *rule of law* pretende um bem comum, deixando de lado as agendas mais nocivas e prejudiciais à pessoa humana, pensando em seu bem e no gozo de seus direitos.

Rule of law, tal como proposto nessa dissertação, deixou de lado controvérsias existentes nas discussões de cunho estritamente sociológico, jurídico ou político, para pensar uma aplicação às Relações Internacionais. Em aberto ficam essas distintas controvérsias, principalmente em momento de aprovação de Objetivos do Desenvolvimento Sustentável pelos Estados Membros das Nações Unidas, dentre os quais figura um específico sobre *rule of law* em nível nacional e internacional (Objetivo 16). Elencando elementos específicos da disciplina de Relações Internacionais se traçou uma noção de *rule of law* que ainda é contestada fora desse âmbito, no direito, sociologia ou ciência política, por exemplo. Faz-se necessário, contudo, abordar seu conceito nas distintas esferas, para prover a sociedade de melhor noção de algo tão advogado e pregado por instituições domésticas e internacionais, tribunais, parlamentos e governos. *Rule of law*, independente de dúvidas sobre seu significado, deve ser pretendido e pautado em qualquer âmbito. O elo entre *rule of law* nas relações internacionais e em âmbito interno, talvez, seja tão somente aquilo que não se pode negar em qualquer circunstância: respeito e promoção aos direitos humanos e ao indivíduo.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. In: GOLDSTEIN, Judith; et. al. (Eds.) **Legalization and world politics**. Cambridge: MIT, 2001, p. 37-72.
- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; BORBA CASELLA, Paulo. **Manual de direito internacional público**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALBUQUERQUE MELO, Celso d. de. **Alto mar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALEXY, Robert. The reasonableness of law. In: Buongiovanni et al. **Reasonableness and law**. Dordrecht: Springer, 2009, p. 5-16.
- ANDERSON, David. **Modern Law of the Sea**: selected essays. Leiden: Brill, 2008.
- Arctic 30: final Greenpeace activist bailed. **The Guardian**, Londres, 28 nov 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/environment/2013/nov/28/arctic-30-final-greenpeace-activist-bailed>>. Acesso em: 26 fev 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Theory of legal principles**. Dordrecht: Springer, 2007
- BARAK, Aharon. Proportionality and principled balancing. **Law & Ethics of Human Rights**, vol. 4, no. 1, p. 3-18. 2010.
- BELLIOTTI, Raymond A. The rule of law and the critical legal studies movement. **University of W. Ontario Law Review**, vol. 24, 1987, p. 67-78.
- BELTON, Rachel Kleinfeld. **Competing definitions of the rule of law**: implications for practitioners. Carnegie Papers, no. 55, January 2005. Disponível em: <<http://carnegieendowment.org/files/CP55.Belton.FINAL.pdf>>. Acesso em: 29 jun 2015.
- BISHOP, W. The international rule of law. **Michigan Law Review**, Detroit, vol. 59, n. 5, 1984, p. 553-574.
- BODINI, Stefano Piedimonte. Fighting maritime piracy under the European Convention on Human Rights. **European Journal of International Law**, vol. 22, no. 3, p. 829-849. 2011.
- BRETTSCHNEIDER, Corey. A substantive conception of the rule of law: non-arbitrary treatment and the limits of procedure. In: FLEMING, James E. **Getting to the rule of law**. New York: NYUP, 2011, p. 52-63.
- BRITO VIEIRA, Mónica. Mare Liberum vs. Mare Clausum: Grotius, Freitas, and Selden's Debate on Dominion over the Seas. **Journal of the History of Ideas**, vol. 64, no. 3. Philadelphia, 2003, p. 361-377.
- BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BRÜTSCH, Christian; LEHMKUHL. Introduction. In: _____. (Eds.). **Law and legalization in world politics**. London: Routledge, 2007, p. 1-8.

BUFFARD, Isabelle. Une relecture de la théorie des sous-systèmes en droit international. In: BUFFARD, Isabelle et al. **International law between universalism and fragmentation: festschrift in honour of Gerhard Hafner**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 13-40.

BULL, Hedley. **The anarchical society: a study of order in world politics**. New York: Columbia University Press, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International law for humankind: towards a new *jus gentium***. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

_____. **Direito das organizações internacionais**. 6ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

COSTA, Pietro. The rule of law: a historical introduction. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Eds.). **The rule of law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007, p. 73-149.

CORELL, Hans. International rule of law and the mandate of the United Nations. In: *Entering the 21st Century: towards the rule of law in international relations*. **Anais eletrônicos**. Moscou: 2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ola/media/info_from_lc/moscow00.pdf>. Acesso em: 30 jun 2014.

CRISTI, F. R. Hayek and Schmitt on the rule of law. **Canadian Journal of Political Science**, Québec, vol. 17, n. 13, p. 521-535, 1984.

CURRIE, Robert. Human rights and international mutual legal assistance: resolving the tension. **Criminal Law Forum**, vol. 11, no. 2. 2000.

DALBERG, John E. E. Letter to Archbishop Mandell Creighton, 1887. Disponível em: <<http://history.hanover.edu/courses/excerpts/165acton.html>>. Acesso em: 31 jan 2015.

DICEY, Albert V. **Introduction to the study of the constitution**. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 1915 (Reprodução de texto de 1915). Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/1714>>. Acesso em: 12 dez 2014.

DINGWERTH, Klaus. Global democracy and the democratic minimum: why a procedural account alone is insufficient. **European Journal of International Relations**, London, vol. 20, n. 4, p. 1124-1147, 2014.

DONNELLY, Samuel J. M. Reflecting on the rule of law: its reciprocal relation with rights, legitimacy and other concepts and institutions. **Annals of the American Academy of Political and Social Science**. Philadelphia, AAPSS, jan 2006, p. 37-53.

DWORKIN, D. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EGEDE, Edwin; SUTCH, Peter. **The politics of international law and international justice**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013.

FAO. Fisheries Circular No. 990, 2004. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-y5261e.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2015.

FEENSTRA, Robert; VERVLIET, Jeroen. **Hugo Grotius: Mare Liberum**, 1609-2009. Leiden: Brill, 2009.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Rule of Democracy and Rule of Law. In: MARVAL, José María; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 242-260.

FIORATI, Jete Jane. **A disciplina jurídica dos espaços marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 e na jurisprudência internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FRANCK, Thomas M. On proportionality of countermeasures in international law. **American Journal of International Law**, vol. 102, no. 4, p. 715-767. 2008.

FULLER, Lon. **The morality of law**. New Haven: Yale University Press, 1964.

GALICKI, Zdzisław. Hierarchy in international law within the context of its fragmentation. In: BUFFARD, Isabelle et al. **International law between universalism and fragmentation: festschrift in honour of Gerhard Hafner**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 41-60.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **“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. Brasília: UnB, 2006.

GARCIA DOS REIS, Reinaldo Gomes; ALVES DE ALMEIDA, Francisco Eduardo. Luta pelo domínio do mar na história. In: BARBOSA JUNIOR, Ilques; MORE, Rodrigo Fernandes. **Amazônia Azul: política, estratégia e direito para o oceano do Brasil**. Rio de Janeiro: SaG Serv, FEMAR, 2012, p. 23-54.

GARDAM, Judith. **Necessity, proportionality and the use of force by States**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

GEMKOW, Tim; ZÜRN, Michael. Constraining international authority through the rule of law: legitimacy and potential political dynamics. In: ZÜRN, Michael; *etal.* **Rule of law dynamics in an era of international and transnational governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 68-90.

GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS. **Counterpiracy under international law**. Academy Briefing no. 1. Geneva: 2012. Disponível em: <<http://www.geneva-academy.ch/docs/academyLecture/Counterpiracy.pdf>>. Acesso em: 9 jun 2015.

GOLDSTEIN, Judith; et. al. Introduction: legalization and world politics. In: _____. (Eds.) **Legalization and world politics**. Cambridge: MIT, 2001, p. 1-16.

GOZZI, Gustavo. Rechtsstaat and individual rights in German constitutional history. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Eds.). **The rule of law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007, p. 237-259.

Greenpeace Arctic Sunrise: Russia ‘frees protest ship’. **BBC News**, London, 6 jun 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-27736927>>. Acesso em: 24 fev 2015.

Greenpeace ship Arctic Sunrise returns from Russia. **Deutsche Welle**, München, 10 ago 2014. Disponível em: <<http://www.dw.de/greenpeace-ship-arctic-sunrise-returns-from-russia/a-17843869>>. Acesso em: 24 fev 2015.

GROTIUS, Hugo. **Mare liberum**. Leiden: Louis Elzevier, 1609. In: FEENSTRA, Robert; VERVLIET, Jeroen. **Hugo Grotius: Mare Liberum, 1609-2009**. Leiden: Brill, 2009, p. 1-161.

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

_____. Counter-piracy law enforcement and human rights. **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 59, no. 1, p. 141-169. 2010.

_____. Piracy. In: BOISTER, Neil; CURRIE, Robert J. **Routledge handbook of transnational criminal law**. London: Routledge, 2014, p. 364-378.

GUZMAN, Andrew T. **A compliance based theory of international law**. 2014. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/files/guzmanComplianceandIL.doc>>. Acesso em: 3 jun 2014.

HARRISON, James. **Making the Law of the Sea: a study in the development of international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HAYEK, Friedrich A. **Law, legislation and liberty**. London: Routledge, 1998.

HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. **Why states create international tribunals: a response to professors Posner and Yoo**. 2005. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/IntlTribunals.pdf>>. Acesso em: 2 jul 2014.

HURD, Ian. Theories and tests of international authority. In: CRONIN, Bruce; HURD, Ian (Eds.). **The UN Security Council and the politics of international authority**. London: Routledge, 2008, p. 23-40.

_____. **The politics of international rule of law**, 2014. Disponível em: <<https://gwpoliscideptspeakersseries.files.wordpress.com/2014/01/hurd-gwu-paper.pdf>>. Acesso em: 22 dez 2014.

JESUS, José Luis. **Statement by JUDGE JOSE LUIS JESUS, President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs**. New York: 2010. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/jesus/legal_advisors_251010_eng.pdf>. Acesso em: 22 fev 2015.

KADELBACH, Stefan. *Jus cogens*, obligations *erga omnes* and other rules – the identification of fundamental norms. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVERIN, Jean-Marc (Eds.). **The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes**. Leiden: Martinus Nijhof, 2006, p. 21-40.

KAHLER, Miles. Conclusion: the causes and consequences of legalization. In: GOLDSTEIN, Judith; et. al. (Eds.) **Legalization and world politics**. Cambridge: MIT, 2001, p. 277-300.

KLEIN, Natalie. **Dispute settlement in the UN Convention on the Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KRASKA, James. **Maritime power and law of the sea: expeditionary operations in world politics**. New York: Oxford University Press, 2011.

KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, Cambridge, v. 36, n. 2, 1982.

KRYGIER, Martin. Approaching the rule of law. In: MASON, Whit (Ed.). **Rule of law in Afghanistan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011(a), p. 15-34.

_____. Four puzzles about the rule of law: why, what, where? And who cares? In: FLEMING, James E. **Getting to the rule of law**. New York: NYUP, 2011(b), p. 64-104.

_____. **Rule of law (and Rechtsstaat)**. UNSW research paper no. 2013-12. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2311874>. Acesso em: 30 jun 2014.

LAKE, David A. Anarchy, hierarchy, and the variety of international relations. **International Organization**, Cambridge, vol. 50, no. 1, p. 1-33, 1996.

_____. Rightful rules: authority, order and the foundations of global governance. **International Studies Quarterly**, Malden, vol. 54, no. 1, p. 587-613, 2010.

MALEY, William. The rule of law and the weight of politics: challenges and trajectories. In: MASON, Whit (Ed.). **Rule of law in Afghanistan**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 61-83.

MARCELLA, Gabriel. **Democratic governance and the rule of law: lessons from Colombia**. Washington: CISS, 2009. Disponível em: <<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdffiles/PUB955.pdf>>. Acesso em: 22 set 2012.

MARÍN CASTÁN, Fernando. Marco jurídico de la seguridad marítima. **Cuadernos de estrategia**, Madrid, abr 2008, p. 171-242.

MAY, Larry. **Global justice and due process**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

MERKEL, Wolfgang. Measuring the quality of the rule of law: virtues, perils, results. In: ZÜRN, et al. **Rule of law dynamics in an era of international and transnational governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 21-47.

MILNER, Helen. The assumption of anarchy in International Relations Theory: a critique. **Review of International Studies**, Cambridge, vol. 17, no. 1, p. 67-85, 1991.

MORE, Rodrigo. **Conversa sobre direito do mar**. Mensagem pessoal recebida pelo e-mail <gil.santos13@gmail.com> em 6 fev 2015.

MORLINO, Leonardo. The two 'rules of law' between transition to and quality of democracy. In: MORLINO, Leonardo; PALOMBELLA, Gianluigi (Eds). **Rule of law and democracy: inquiries into internal and external issues**. Leiden: Brill, 2010, p. 39-63.

ONUF, Nicholas Greenwood. **World of our making: rules and rule in social theory and international relations**. Columbia: USCP, 1989. Reimpressão: Abingdon: Routledge, 2013.

_____. **Making sense, making worlds: constructivism in social theory and international relations**. Abingdon: Routledge, 2013.

_____. **Rules and rule in international relations**. Helsinki: 2014. Disponível em: <http://www.helsinki.fi/eci/Events/Nicholas%20Onuf_Rule%20and%20Rules%20%204-2-14.pdf>. Acesso em: 1º dez 2014.

PALOMBELLA, Gianluigi. The rule of law beyond the state: failures, promises, and theory. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 7, no. 3, p. 442-467, 2009.

_____. The rule of law as an institutional ideal. In: MORLINO, Leonardo; PALOMBELLA, Gianluigi (Eds). **Rule of law and democracy: inquiries into internal and external issues**. Leiden: Brill, 2010, p. 3-37.

PEERENBOOM, Randall. Varieties of rule of law: an introduction and provisional conclusion. In: _____. **Asian discourses of rule of law: theories and implications of rule of law in twelve Asian countries, France and the U.S**. London: Routledge, 2004, p. 1-53.

RABELO, Grazielle Martha. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: **Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em: 29 jun 2015.

RAFFO, Veronica; et. al. Introduction: international law and international politics – old divides, new developments. In: BIERSTEKER, Thomas; et. al. (Eds.). **International law and international relations: bridging theory and practice**. London: Routledge, 2007, p. 1-23.

RAJKOVIĆ, Nikolas. 'Global law' and governmentality: reconceptualising the 'rule of law' as rule 'through' law. **European Journal of International Relations**, London, vol. 18, no. 1, p. 29-52, 2010.

REUS-SMIT, Christian. Society, power, and ethics. In: _____. (Ed.). **The politics of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 272-290.

ROSENAU, James. Governance, order and change in world politics. In: ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Eds.). **Governance without government: order and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 1-29.

ROSENNE, Shabtai. Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea. **The American Journal of International Law**. Washington, DC, vol. 89, no. 4, p. 806-814, out. 1995.

SANTOS, Daniel dos. Direito e justiça: sinónimos ou antónimos? Referência ao caso africano. In: José A. et al. **Direito e justiça: sinónimos ou antónimos?** Lisboa: Escolar, 2014, p. 29-70.

SHAUGHNESSY, Tina; TOBIN, Ellen. Flags of inconvenience. **Journal of International Law & Policy**, Pennsylvania, vol. V, 2007.

STEINBERG, Philip E. **The social construction of the ocean**. Cambridge Studies in International Relations, 78. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SWABY, Aliyya. Why so many shipowners find Panama's flag convenient. **BBC News**, London, 5 ago 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-28558480>>. Acesso em: 19 fev 2015.

TAMANAH, Brian Z. **On the rule of law: history, politics, theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TAMS, Christian. **Enforcing obligations erga omnes in international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

THOMAS, Ticy V. The Proliferation Security Initiative: towards relegation of navigational freedoms in UNCLOS? An Indian perspective. **Chinese Journal of International Law**, vol. 8, no. 3. Oxford: OUP, 2009, p. 657-680.

TROPER, Michael. Obedience and obligation in the *Rechtsstaat*. In: MARVAL, José María; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 94-108.

UNCTAD. **Review of Maritime Transport 2014**. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/rmt2014_en.pdf>. Acesso em: 19 fev 2015.

UNODC. **Transnational organized crime in the fishing industry: focus on trafficking in persons, smuggling of migrants, illicit drugs trafficking**. Viena: UNODC, 2011. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Issue_Paper_-_TOC_in_the_Fishing_Industry.pdf>. Acesso em: 29 jun 2015.

VERVLIET, Jeroen. General Introduction. In: FEENSTRA, Robert; VERVLIET, Jeroen. **Hugo Grotius: Mare Liberum, 1609-2009**. Leiden: Brill, 2009, p. ix-xxviii.

VIDAL, John. Arctic 30: Russia releases Greenpeace ship. **The Guardian**, London, 6 jun 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/environment/2014/jun/06/arctic-30-sunrise-russia-to-release-greenpeace-ship>>. Acesso em: 20 fev 2015.

VIEIRA, Mónica Brito. Mare Liberum vs. Mare Clausum: Grotius, Freitas and Selden's debate on dominion over the seas. **Journal of the History of Ideas**, Philadelphia, vol. 64, no. 3, p. 361-377, 2003.

WALDRON, Jeremy. The rule of international law. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, vol. 30, n. 1, p. 15-30, 2006.

_____. The rule of law and the importance of procedure. In: FLEMING, James E. **Getting to the rule of law**. New York: NYUP, 2011, p. 3-31.

WALTZ, Kenneth. **Theory of international politics**. Reading: Addison-Wesley, 1979.

WENDEL, Philip. **State responsibility for interferences with the freedom of navigation in public international law**. Berlin: Springer-Verlag, 2007.

YALEM, Ronald J. Toward a world rule of law. **Background**, Malden, vol. 7, no. 3, p. 151-154, 1963.

ZACHER, Mark W. The decaying pillars of the Westphalian temple: implications for international order and governance. In: ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Eds.). **Governance without government: order and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 58-101.

ZOLO, Danilo. The rule of law: a critical reappraisal. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Eds.). **The rule of law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007, p. 3-71.

ZÜRN, Michael; *et al.* Introduction: rule of law dynamics in an era of international and transnational governance. In: _____. **Rule of law dynamics in an era of international and transnational governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 1-17.

ANEXO 1: LISTA DE DOCUMENTOS CONSULTADOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Lista de documentos consultados no Capítulo 2.

Relatórios do Secretário-Geral	Relatórios do Processo Aberto de Consultas Oficiosas	Resoluções da Assembleia Geral	Transcrições de reuniões da Assembleia Geral
A/52/487	A/55/274	A/RES/52/26	A/52/PV.56
A/52/487/Corr.1	A/56/121	A/RES/53/32	A/52/PV.57
A/53/456	A/57/80	A/RES/54/31	A/52/PV.92
A/54/429	A/58/95	A/RES/54/33	A/53/PV.68
A/55/61	A/59/122	A/RES/55/7	A/53/PV.69
A/56/58	A/60/99	A/RES/56/12	A/54/PV.60
A/56/58/Add.1	A/61/156	A/RES/57/141	A/54/PV.61
A/57/57	A/62/169	A/RES/58/240	A/54/PV.62
A/57/57/Add.1	A/63/174	A/RES/59/24	A/55/PV.42
A/58/65	A/64/131	A/RES/60/30	A/55/PV.43
A/58/65/Add.1	A/65/164	A/RES/61/222	A/55/PV.44
A/59/62	A/66/186	A/RES/62/215	A/56/PV.65
A/59/62/Add.1	A/67/120	A/RES/63/111	A/56/PV.66
A/60/63	A/68/159	A/RES/64/71	A/56/PV.67
A/60/63/Add.2	A/69/90	A/RES/65/37	A/57/PV.70
A/61/63		A/RES/65/37B	A/57/PV.71
A/61/63/Add.1		A/RES/66/231	A/57/PV.72
A/62/66		A/RES/67/5	A/57/PV.74
A/62/66/Add.1		A/RES/67/78	A/58/PV.63
A/62/66/Add.2		A/RES/68/70	A/58/PV.64
A/63/63			A/58/PV.79
A/63/63/Add.1			A/59/PV.54
A/64/66			A/59/PV.55
A/64/66/Add.1			A/59/PV.56
A/64/66/Add.2			A/60/PV.54
A/65/69			A/60/PV.55
A/65/69/Add.1			A/60/PV.56
A/65/69/Add.2			A/61/PV.68
A/66/70			A/61/PV.69
A/66/70/Add.1			A/61/PV.71
A/66/70/Add.2			A/61/PV.83
A/67/79			A/62/PV.64
A/67/79/Add.1			A/62/PV.65
A/67/79/Add.2			A/62/PV.77
A/67/79/Corr.1			A/62/PV.79
A/68/71			A/63/PV.62

Relatórios do Secretário-Geral	Relatórios do Processo Aberto de Consultas Oficiosas	Resoluções da Assembleia Geral	Transcrições de reuniões da Assembleia Geral
A/68/71/Add.1			A/63/PV.63
A/69/71			A/63/PV.64
A/69/71/Add.1			A/64/PV.56
			A/64/PV.57
			A/64/PV.58
			A/65/PV.58
			A/65/PV.59
			A/66/PV.75
			A/66/PV.76
			A/67/PV.49
			A/67/PV.50
			A/67/PV.51
			A/67/PV.52
			A/68/PV.68
			A/68/PV.69
			A/69/PV.66
			A/69/PV.67

ANEXO 2: LISTA DE DOCUMENTOS CONSULTADOS DA ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL

Documentos relativos a ataques de pirataria entre 1997 e 2014:

MSC/Circ.840
MSC/Circ.903
MSC/Circ.942
MSC/Circ.991
MSC.4/Circ.16
MSC.4/Circ.32
MSC.4/Circ.50
MSC.4/Circ.64
MSC.4/Circ.81
MSC.4/Circ.98
MSC.4/Circ.115
MSC.4/Circ.133
MSC.4/Circ.152
MSC.4/Circ.169
MSC.4/Circ.180
MSC.4/Circ.193
MSC.4/Circ.208
MSC.4/Circ.219