

CONFLITOS ARMADOS E PROTEÇÃO AMBIENTAL: do princípio da *lex specialis* à interpretação ecológica do Direito Internacional Humanitário

ARMED CONFLICTS AND ENVIRONMENTAL PROTECTION: from the *lex specialis* principle to the ecological interpretation of International Humanitarian Law

Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura¹

Resumo

No contexto atual de especialização funcional do Direito Internacional Público, é preciso ponderar a extensão do impacto da fragmentação normativa e do princípio da *lex specialis derogat legi generali* nas relações entre os subsistemas jurídicos especiais, tais como o Direito Humanitário e o Direito Ambiental. Importa, ainda, analisar os efeitos da aplicação desse princípio sobre o quadro jurídico de proteção contra o dano ambiental militar. O objetivo deste artigo é fornecer panorama da problemática em torno da *lex specialis* e dos supostos regimes internacionais autossuficientes no contexto dos debates sobre a ineficácia das normas humanitárias em proteger o bem ambiental durante conflitos armados. Após análise de doutrina e jurisprudência internacionais, conclui-se que a aplicação absoluta da máxima da *lex specialis* conduz à ineficácia das normas humanitárias em questões que envolvem o meio ambiente. Por fim, postula-se a “ecologização” do Direito Humanitário, a ser alcançada pela interação e complementaridade entre os regimes humanitário e ambiental internacional.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário. Conflitos Armados. Proteção Ambiental. *Lex specialis*. Ecologização.

Abstract

¹ Mestre em Direito, área de concentração em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Professor de direito. E-mail: vfventura@gmail.com

In the current context of functional specialization of International Law, it urges to analyze the extent of the impact of normative fragmentation and the principle of *lex specialis derogat legi generali* in the relationships between special legal regimes, such as Humanitarian and Environmental Law. It is also important to examine the effects of the application of such a principle on the legal framework of protection against wartime environmental damage. The purpose of this essay is to provide an overview on the problems surrounding the *lex specialis* and the alleged self-contained international regimes in the context of debates on the ineffectiveness of humanitarian standards in protecting the environment during armed conflict. Supported by the study of international case law and doctrine, it concludes that the absolute application of the *lex specialis* principle leads to ineffectiveness of humanitarian norms on issues involving the environment. Finally, this article postulates the "greening" of humanitarian law, to be achieved through interaction and complementarity between international humanitarian and environmental regimes.

Key-words: International Humanitarian Law. Armed Conflicts. Environmental Protection. *Lex specialis*. Greening.

INTRODUÇÃO

Não é preciso voltar muito na História, para encontrar episódios de lesões ambientais em tempos de guerra (*wartime environmental damages*), tais como a destruição da cobertura florestal do Vietnã por parte dos Estados Unidos, por uso de agente desfolhante; a drenagem dos pântanos *al-Hawizeh* e *al-Hammar*, pelo Iraque, após a invasão ao Kuwait, em 1990; o incêndio dos poços de petróleo, por tropas iraquianas em retirada durante a Guerra do Golfo de 1990; o bombardeamento de distritos industriais no *Kosovo*, durante operação da OTAN, em 1999, somado ao uso de urânio envelhecido nas munições utilizadas; além dos casos de destruição de refinarias e depósitos de petróleo no Líbano, em 2006, e na Palestina, em 2009, ambos por parte do exército de Israel, entre outros.

A escassa e inefetiva proteção jurídica internacional admite que táticas militares continuem atentando contra o meio ambiente, seja pela destruição intencional de áreas verdes, cursos de água e recursos naturais, seja por fomentar o comércio ilegal e o uso desregrado desses recursos para

abastecer as partes adversárias. Nesses cenários, é possível identificar graves violações de garantias ambientais que ameaçam a vida e a saúde das pessoas enclausuradas em conflito. Isso ocorre em razão de alguns obstáculos à efetividade da proteção ambiental nessas situações.

Grave obstáculo consiste no fato de parte (mesmo que reduzida) da doutrina internacional postular a existência de colisões entre os regimes especiais de Direito Internacional Público (DIP), particularmente entre o Direito Internacional Ambiental (DIA) e o Direito Internacional Humanitário (DIH), sendo o primeiro, responsável pela normatização da proteção ambiental em tempos de paz e o último encarregado de regular o *jus in bello*, ou direito vigente na guerra, por meio da fixação de limites às atividades bélico-militares durante conflitos armados internacionais e não-internacionais. Com base na máxima da *lex specialis*, embora os sistemas se comuniquem, em tempos de guerra dever-se-ia aplicar apenas o DIH, por ser o mais específico, fazendo preponderar, pois, a característica da especificidade.

Ao abordar esses dois subsistemas jurídicos, inevitável que a temática da fragmentação/unidade do Direito Internacional emergja do interior dessa discussão, demandando detida apreciação sobre a natureza especial do DIH e indagando se essa o consolida como regime autossuficiente (*self-contained regime*) no Direito Internacional. Em resposta, pode-se argumentar que as normas de *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* continuam vigendo durante conflitos armados, assim, não se pode conceber que bens de interesse comum da humanidade, como a biodiversidade ou a atmosfera terrestre, sejam afetados. Ocorre que o processo de “especialização funcional” experimentado pelo DIP nos últimos anos (TEUBNER e FISCHER-LESCANO, 2004), antes acatado como estratégia de enfrentamento das novas e plúrimas demandas, necessita ponderar a extensão do impacto da fragmentação e do princípio da *lex specialis* nas relações entre os subsistemas em foco, como também os efeitos provocados sobre o quadro jurídico de proteção contra o dano ambiental militar.

Quando se considera o meio ambiente como bem de interesse comum da humanidade, mister que se repense a aplicação exclusiva do DIH às hostilidades, haja vista as dificuldades de proteção do bem ecológico nesses contextos. Significa reconhecer a aplicação complementar do DIA com relação ao DIH, inclusive em conflitos armados, de modo a ampliar o cânone dogmático protetivo dos recursos naturais e humanos envolvidos no conflito. Como resultado, essa constatação permitiria “verdejar” o DIH, inicialmente alheio à causa ambiental. Equivale a

defender que as normas humanitárias podem ser alvo de interpretação ecológica, devendo o seu alcance ser fixado em consideração às normas ambientais contidas nos instrumentos do DIA.

Neste artigo, será abordada a problemática da *lex specialis* e dos supostos regimes especiais autossuficientes no contexto dos debates sobre a especialização funcional do Direito Internacional. Serão expostas tanto posições doutrinárias que defendem a atualidade dos *self-contained regimes*, como opiniões que repudiam essa categoria no Direito Internacional. Por outro lado, esta contribuição lançará luzes sobre casos emblemáticos da jurisprudência internacional, particularmente os que lidaram com a aplicação da *lex specialis* e dispuseram sobre as relações entre os diversos regimes jurídicos especiais do DIP².

1. A máxima da *lex specialis* no Direito Internacional Público: o debate em torno da fragmentação/unidade

A dificuldade no trato uniforme e sistêmico dessa temática, no conjunto normativo e hermenêutico do DIH, exige abordagem preliminar que pontue a necessária complementaridade entre este e outros ramos do Direito Internacional. Segundo a corrente sistêmica do Direito Internacional, existem diversos ramos (ou subcampos) especiais no interior do DIP, em cujo contexto podem ser percebidas marcas de complementaridade ou estranhamento. As normativas de direito comercial contidas no direito da Organização Mundial do Comércio (OMC), por exemplo, geralmente atritam com as regras internacionais de Direito Ambiental. Por outro lado, as normas ambientais complementam as regras e princípios de Direitos Humanos consolidados ao longo das últimas décadas, tais como o direito à vida e à saúde em meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, as próprias normas internas de cada sistema conferem o caráter complementar ou exclusivo em relação a outros regimes especiais do DIP.

² Para leitores em processo de familiarização com características fundantes do Direito Humanitário, tais como conceito, objeto, contextos de aplicação, normas de responsabilização, jurisprudência internacional, entre outras, recomenda-se a leitura das obras: GASSER, 1993; GREEN, 2008; KOLB e HYDE, 2008; OETER, 2008 e THÜRER, 2011.

Seguindo essa lógica, no caso do Direito Internacional dos Conflitos Armados, pode-se atestar a existência de arcabouço legislativo que padece de isolamento, fato que compromete seu objetivo de proteger adequadamente o bem ambiental no curso de conflitos armados, em virtude, entre outras razões, da falta de complementaridade normativa e interpretativa. O problema da ineficácia das normas humanitárias no amparo do bem ambiental em confrontos bélicos sugere, entre outras, a necessidade de formulação de alternativas legais de ajustamento das diversas condutas compatibilizadas à atual legislação ambiental internacional³.

Nesse sentido, a proposta de maior interação entre os subsistemas especiais de direito humanitário e direito ambiental desponta como potencial mecanismo capaz de efetivar os mandamentos de proteção ambiental em cenários de conflitos armados internos e internacionais. As consequências esperadas dessa permeabilidade interssistêmica consistem na interpretação holística dos instrumentos do Direito Internacional, no contexto em que os ramos especiais alcançam áreas das relações internacionais cada vez mais extensas. Em última instância, essa integração contribui para a criação de cultura jurídica plural, na qual os profissionais do direito se valem do arcabouço legal internacional como um todo, na busca das soluções jurídicas mais adequadas às demandas que lhes são postas em desafio.

Entre os obstáculos à complementaridade, está a alegada “especialidade” que eleva o DIH ao posto de regime jurídico disciplinador da condução de hostilidades militares. Essa posição é expressa no Projeto de Artigos sobre os Efeitos dos Conflitos Armados sobre os Tratados, que, nos comentários ao artigo 2º, considera que as normas humanitárias “constitute the *lex specialis* governing the conduct of hostilities” (CDI, 2011, art. 2º). O problema surge quando uma corrente jurídica considera que o fato de normas humanitárias consistirem em *leges speciales* as isola dos demais sistemas normativos, garantindo-lhes aplicabilidade exclusiva em situações de conflitos

³ Nesse tocante, cabe trazer o entendimento da corrente realista crítica, segundo a qual o problema das guerras e ingerências humanitárias deve-se a projetos individuais de cada Estado e situa-se, portanto, no campo dos interesses e não do Direito. De acordo com Zolo (2011, p. 161), representante dessa corrente crítica, a legalização internacional da guerra humanitária contradiz todos os princípios de direitos humanos encrustados nas declarações universais. O autor lembra episódios no Kosovo, nos quais violações aos direitos à vida e à igualdade foram constantes e cometidas pelas próprias forças da OTAN. Para os adeptos dessa corrente, as guerras continuarão a ocorrer enquanto viger a percepção de que os direitos humanos são universais e devem, assim, ser aplicados coercitivamente. Nesse contexto, mesmo as guerras pretensamente legítimas são conduzidas por grupos de Estados em nome de interesses coletivos, mas cuja interpretação é dada por cada Estado individualmente.

armados, vez terem sido formuladas levando-se em conta as contingências dessas situações extremas, ao passo que outras normas não (ARNAUD, 2012, p. 461).

Convém, entretanto, proceder à diferenciação entre regime jurídico especial e “*lex specialis*”, ou regra especial. Para os fins do presente trabalho, regime jurídico especial é todo aquele instituído por tratado ou costume, dotado de aparato institucional (organizações, programas intergovernamentais ou cortes de justiça), que se debruce sobre área específica da vida internacional, como por exemplo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Humanitário, o Direito Ambiental, o Direito dos Refugiados, entre outros.

Por outro lado, o princípio, segundo o qual *lex specialis derogat legi generali*, consiste em técnica de solução de conflitos normativos entre dois ou mais instrumentos de um mesmo regime especial, ou entre instrumentos de diferentes subcampos do DIP. Remonta ao ordenamento jurídico romano e permanece amplamente difundido em sistemas legais domésticos e internacionais como importante meio para solução de querelas normativas. No Direito Internacional, aplicar o princípio da *lex specialis* significa dar preferência, entre normas concorrentes, àquela que trate do tema com maior especificidade e que mais se aproxime da matéria em controvérsia. Sendo assim, em situação envolvendo a proteção de pântanos, por exemplo, na qual haja conflito entre normas de direito comercial e de direito ambiental, vigora o acordo ambiental que mais especificamente aborda o tema, a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional (Convenção de Ramsar)⁴, de 1971. O funcionamento desse princípio foi analisado por Hugo Grotius (1625), no livro “*De Jure Belli ac Pacis*” da seguinte maneira:

Among those treaties, which, in the above named respects, are equal, the preference is given to such as are more particular, and approach nearer to the point in question. For where particulars are stated, the case is clearer, and requires fewer exceptions than general rules do⁵.

⁴ A Convenção de Ramsar encontra-se registrada na Série de Tratados das Nações Unidas (UNTS) sob o vol. 996, p. 246. Brasil ratificou a Convenção de Ramsar em 24 set. 1993.

⁵ A referência pode ser encontrada no capítulo XVI, livro II, que trata da interpretação dos tratados internacionais, particularmente em matéria de guerras. Disponível em: <<http://www.constitution.org/gro/djbp.htm>>. Acesso em: 30 jul 2012.

Assim como o princípio da *lex posterior derogat legi priori*, no qual a lei mais recente tem primazia sobre a lei mais antiga, *lex specialis* reflete a liberdade contratual inerente aos Estados e funda-se na ideia de que os Estados podem, em determinados casos, não se obrigar a determinadas regras internacionais (BALENDRA, 2007, p. 2478). Decorre da ideia de soberania estatal, segundo a qual nenhum Estado é obrigado a aderir a abordagens generalistas de responsabilidade, expressas em acordos genéricos, podendo manifestar sua vontade em tratados especiais, mais restritos, que preveem normas secundárias (de responsabilização) específicas, conforme entendimento de Simma e Pulkowski (2006, p. 486).

Embora não se encontre expressamente positivada na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), a máxima da *lex specialis* levanta questão de interpretação de tratado. É possível identificar, com base no artigo 30 da referida Convenção⁶, que a prioridade na aplicação de instrumentos sucessivos sobre o mesmo assunto é dada ao princípio da *lex posterior*. Porém, nota-se, à luz do mesmo artigo, que esse princípio deverá ser aplicado juntamente com outros três princípios hermenêuticos: (i) da especialidade, (ii) da operação autônoma (*autonomous operation*); e (iii) da intenção legislativa das partes.

A convergência desses princípios confirma que a lei específica opera de maneira contextualizada, isto é, observando a conjuntura do momento de assinatura do acordo, bem como a intenção original das partes e o princípio da operação autônoma do tratado. Nesse sentido, a especialidade pode conduzir a maior eficácia interpretativa quando aplicada caso a caso, respeitando as peculiaridades de cada situação, ao invés de se basear na abstração e na generalidade (BALENDRA, 2007, p. 2479). Com efeito, de acordo com as conclusões do relatório da Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas sobre Fragmentação no Direito Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi em 2006, a generalidade ou especificidade de uma norma é sempre relativa, posto que seja especial ou geral em relação a outra norma, e não a qualquer

⁶ Artigo 30 da Convenção de Viena - Aplicação de Tratados Sucessivos sobre o Mesmo Assunto - 2. Quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão. 3. Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior.

abstração (CDI, 2006, p. 56)⁷. A norma especial seria, então, aquela que lida com a matéria em questão de maneira mais precisa ou adstrita, isto é, que melhor elabora ou afunila a lei geral, com vistas a garantir maior efetividade ao Direito Internacional.

Nesse sentido, o princípio em análise possui dois *modi operandi*: (i) a regra específica pode ser concebida como “elaboração” ou concretização da regra geral, em processo no qual ambas as regras partilham a mesma lógica, não divergindo entre si; ou (ii) a especificidade da regra modifica ou derroga a *lex generalis* (CDI, 2006, p. 56). Ainda que a atividade hermenêutica incida sobre a segunda hipótese, importa destacar que a derrogação não é absoluta e que, embora priorize a regra especial em detrimento da geral, os regimes jurídicos considerados gerais figuram permanentemente nos bastidores e fornecem elementos interpretativos à lei específica⁸. Seja nos casos de elaboração, seja de exceção da regra geral, a prioridade repousa sobre a provisão especial, ou seja, a norma dotada de âmbito mais precisamente delimitado de aplicação. Assim, especial, para os fins desse trabalho, seria a provisão que contém ao menos uma qualidade que não é apontada na regra geral⁹.

Para Orakhelashvili (2008, p. 163), ainda que a proteção garantida pela lei geral seja menor do que a especial, sua aplicação não será inviabilizada, tendo em vista a preservação de *standards* normativos mínimos de proteção da pessoa humana, ou de conservação ambiental. Seguindo semelhante raciocínio, Balendra (2007, p. 2480) entende que,

⁷ No Parágrafo 112 do relatório final apresentado pela CDI, consta que “Generality and speciality are thus relational. A rule is never “general” or “special” in the abstract but in relation to some other rule. This relationality functions in two registers. A rule may be general or special in regard to its *subject-matter* (fact-description) or in regard to the *number of actors* whose behavior is regulated by it” (CDI, 2006, p. 61).

⁸ Ainda segundo o relatório da CDI sobre fragmentação do Direito Internacional, é possível notar que nem mesmo as exceções possuem natureza absoluta, de maneira que a regra geral “escanteada” pela lei especial continua produzindo efeitos na interpretação e na aplicação desta última. Para os especialistas da CDI, “most of general international law is dispositive and can be derogated from by way of exception. But an “exception”, too, works only in a relative sense so that whatever is being “set aside” will continue to have an effect on the interpretation and application of the exception. It is often stated that the laws of war are *lex specialis* in relation to rules laying out the peace-time norms relating to the same subjects” (CDI, 2006, p. 56).

⁹ O relatório vai mais além e confirma que a regra especial contém a própria regra geral em si, como um dos elementos no seu âmbito de aplicação. Percebe-se a preocupação dos relatores em fortalecer a noção de que os mandamentos gerais do DIP, isto é, as normas primárias, continuam aplicáveis, em detrimento da especialização normativa e institucional experimentada pelos regimes especiais em ebulição (CDI, 2006, p. 51).

[a]lthough *lex specialis* operates to give priority to the special rule over the general rule, the more general law remains in the background providing interpretive direction to the special law. This is regardless of whether the special rule is an application of or an exception of the general rule.

Historicamente, o princípio da *lex specialis* é aceito pela doutrina internacionalista como técnica para solucionamento de controvérsias legais. Em primeiro lugar, porque a regra especial atacaria o problema de modo mais eficaz e, em segundo, porque regula maior campo de situações particulares. Entre os autores clássicos do DIP, o tratamento dado à máxima da *lex specialis* varia no tempo, conforme se percebe nas posições de Anzilotti e Scelle. Suas divergências são sumariadas no relatório da CDI sobre fragmentação (2006, p. 37), com Anzilotti defendendo a prioridade da *lex specialis* sobre toda regra geral (inclusive a primazia de tratados bilaterais sobre os multilaterais e costumes internacionais), por entender que a lei especial melhor representa a vontade das partes contratantes. Já para Scelle, as regras especiais não poderiam escantear as de natureza geral, já que as últimas dão harmonia ao conjunto normativo internacional, evitando que a vontade dos Estados os permita contrariar provisões gerais.

Entre as principais consequências de sua aplicação, *lex specialis* reforça a tese da existência de hierarquia informal entre as fontes do Direito Internacional, na medida em que reconhece ao direito geral o papel de condutor do sistema jurídico internacional (SIMMA e PULKOWSKI, 2006, p. 500)¹⁰. Embora não resulte de ato legislativo, já que poucas são as hipóteses de hierarquia entre os instrumentos no DIP, essa hierarquia informal confere aspecto forense à argumentação jurídica. De fato, percebe-se que os aplicadores do direito buscam, de início, as regras especiais, para somente então recorrer às demais provisões (inclusive gerais) que se apliquem ao caso concreto. As fontes gerais, embora não extintas, desempenham papel meramente residual, sendo certo que, conforme o relatório da CDI (2006, p. 48), “the need to look behind or round the *prima facie* standard arises only in hard cases, when its application is contested and another standard or instrument is evoked in its stead”.

¹⁰ “It is only when the role of general international law as a cornerstone of the international legal system is appreciated that the significance of the *lex specialis* principle becomes apparent. The maxim validly gives effect to an informal hierarchy inherent in the organization of international law” (SIMMA e PULKOWSKI, 2006, p. 500).

Importa destacar que a aplicação do princípio da *lex specialis* não ocorre somente entre uma regra especial e outra geral, mas pode se dar entre regras especiais. Apesar das conclusões alcançadas pelo relatório da CDI, segundo o qual, para que as normas de um sistema sejam consideradas *leges speciales*, é necessário que haja conflito normativo entre ambas, isto é, que sejam mutuamente exclusivas (CDI, 2006, p. 43), existem casos em que provisões de regimes jurídicos distintos se limitam sucessivamente. Nesse particular, nota-se a existência de mecanismos de direito ambiental que, embora não excluam, efetivamente restringem a aplicação de determinadas normas humanitárias, bem como o exercício de certas prerrogativas dos Estados signatários, tais como a liberdade de escolha dos meios e métodos de guerra. É o caso da preservação de pântanos e zonas úmidas (Convenção de Ramsar, 1971), além da conservação de flora e fauna, previstas na Convenção sobre a Biodiversidade (1992), todos potenciais alvos militares.

Dessa forma, rebate-se a alegação de que o princípio da *lex specialis* seria exclusivamente intrassistêmico e, como tal, não poderia ser invocado nos casos de desentendimento normativo entre diferentes regimes jurídicos especiais. Em sentido oposto, o relatório da CDI identificou, entre os casos de aplicação da *lex specialis*, as seguintes hipóteses de conflitos normativos: (i) dentro de um mesmo instrumento (tratado); (ii) entre dois instrumentos diferentes, no interior do mesmo regime jurídico; (iii) entre norma derivada de tratado e um costume internacional; (iv) entre duas normas não derivadas de tratado (*soft law*). Na segunda hipótese, o relatório leva em conta instrumentos diferentes dentro do mesmo sistema, o que poderia levar à conclusão que o princípio da *lex specialis* apenas pode ser aplicado em contexto institucional particular, isto é, no interior do mesmo regime jurídico.

No entanto, cresce expressivamente a quantidade de juristas que se debruçam sobre os conflitos normativos entre dois ou mais ramos específicos do DIP à luz da máxima da *lex specialis*. Particularmente, no caso das relações entre direito humanitário e direitos humanos, indicativo da viabilidade de sua aplicação intersistêmica, pode-se invocar a interação entre o “Direito de Genebra” e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) para mostrar que alguns autores percebem o caráter humanitário restritivo contido no artigo 3º comum às Convenções de Genebra,

de 1949, como base para a compreensão generalizada de que os direitos humanos seriam aplicáveis somente em tempos de paz (PETERKE, 2012, p. 07).¹¹

Na verdade, a relação entre o DIH e os direitos humanos pode ser analisada sob o prisma de três linhas de entendimento. Para a corrente integracionista, que postula a fusão entre ambos, é importante tratá-los como corpo normativo único, sem distinção de objeto ou finalidade; para a tese separatista, que pugna pela incomunicabilidade dos dois sistemas jurídicos, o DIH surte efeitos em situações nas quais “a própria ordem interna já não pode mais protegê-lo de maneira eficaz;¹² por fim, a vertente complementarista, que leva em consideração as distinções características de cada regime, defende que ambos são complementares, posto pretenderem o mesmo objetivo, qual seja, a proteção da pessoa humana (BORGES, 2006, pp. 36-37).

Em que pese a larga difusão dessa percepção e apesar de alguns manuais de direito humanitário ainda mencionarem as três correntes jurídicas tradicionalmente verificadas no tratamento dessa matéria, a escola separatista, defensora da aplicação exclusiva das normas humanitárias em tempos de guerra, em virtude de sua especificidade, vem sendo abolida pela jurisprudência das cortes internacionais. A prova disso é que os direitos humanos reforçam as normas humanitárias, na medida em que fornecem uma formulação mais precisa das obrigações estatais, sendo extremamente difícil interpretar estas últimas sem qualquer referência aos direitos humanos (HEINTZE, 2004, p. 795).

Casos emblemáticos marcaram a jurisprudência internacional, como o da Opinião Consultiva sobre as Armas Nucleares (1996)¹³ e o conhecido *Wall case* (2004), que têm interpretado restritivamente as cláusulas derogatórias dos principais tratados de direitos humanos,

¹¹ Diante da escassez de obras jurídicas que abordem a problemática relação entre as normas humanitárias e as garantias ambientais previstas no DIA, somada à abundância de produção bibliográfica a respeito das interações entre o DIH e os direitos humanos, frequentemente recorrer-se-á à análise destas últimas, com a finalidade de estudar a o caráter autossuficiente, ou não, das normas humanitárias.

¹² Trabalhando os argumentos da corrente separatista, Heintze (2004, p. 789) traz o entendimento de Otto Kimminich, que no final da década de 1970 defendia a exclusividade mútua de ambos os sistemas jurídicos em caso de conflito armado.

¹³ Na opinião consultiva, a Corte (1996, §25) entendeu que “the protection of the International Covenant on Civil and Political Rights does not cease in times of armed conflict except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from during times of national emergency”.

no sentido de reconhecer sua aplicação continuada, inclusive em teatros bélicos.¹⁴ A consequência é que, segundo Peterke (2012, p. 14), “states can no longer argue that human rights are exclusively applicable in times of peace”. Logo, percebe-se que a própria jurisprudência internacional recorre à *lex specialis* para solucionar demandas que chegam até às cortes judiciais, dificultando a sustentação da aplicação exclusivamente intrassistêmica da *lex specialis*.

Por fim, importa notar, de modo a compreender o estágio atual das relações intersistêmicas no DIP, que a invocação crescente da *lex specialis* é fruto do processo de especialização do Direito Internacional, por alguns entendido como fragmentação, por outros como complexa “internacionalização” (DELMAS-MARTY, 2006) intensificado nas últimas décadas. De acordo com Simma e Pulkowski (2006, p. 484), após a crise do modelo piramidal, o Direito Internacional estruturou-se em rede (*network*) e estendeu-se a diversas áreas intocadas, assumindo novas feições que dificultaram a tarefa do jurista. Ainda que não houvesse conflitos diretos e exclusão mútua entre as normas humanitárias e ambientais, as restrições impostas pelas últimas à liberdade estatal de escolher os meios e métodos de guerra ensejam situação na qual apenas o recurso à máxima da *lex specialis* poderá indicar qual regra prevalece no caso concreto, fato que será analisado no item seguinte.

2. *Lex specialis, self-contained regimes* e Direito Internacional: retratos da complexidade nas relações entre DIH e DIA

A análise pormenorizada do fenômeno da fragmentação normativa do DIP demanda, na verdade, abordagem socioeconômica, com foco nas modificações ocorridas no núcleo das sociedades nacionais e internacional. No entanto, o presente ensaio não enveredará por esse caminho, embora reconheça a sua relevância. Em rápidas pinceladas, a título de contextualização da problemática e com vistas à exposição das hipóteses abraçadas na pesquisa, cabe ressaltar que as mudanças verificadas no DIP, nomeadamente após a II Guerra Mundial, refletem as mudanças

¹⁴ A CIJ (1996, p. 26) reconhece a cumulatividade das normas que protegem o indivíduo, mas conclui pela primazia das normas humanitárias sobre as de DIDH, por serem a *lex specialis* vigente em conflito armado. Essa posição confirma a possibilidade de aplicação intersistêmica da máxima de lei mais específica, desta feita sob a perspectiva de órgão jurisdicional.

sociais ocorridas no mesmo período. O aumento da interação global entre diversos atores sociopolíticos e econômicos, somado aos espetaculares avanços tecnológicos alcançados, germinaram novas e complexas áreas da vida internacional. Para cada nova área, novo ramo jurídico (especial) era criado, de modo a suprir a chamada “especialização funcional” na jurisdição internacional.

O Direito Internacional Econômico e do Comércio e o Direito dos Refugiados são exemplos de novos ramos, corolários de desdobramentos socioeconômicos nas relações internacionais, tais como o aumento do comércio multilateral, reforçado pela a consolidação da Organização Mundial do Comércio (OMC), e a crescente quantidade de pessoas que ultrapassam as fronteiras nacionais por motivos de perseguição ou ameaça¹⁵. Diante desse processo, Singh (2011, p. 25) destaca como resultado a fragmentação normativa, conceituada como “normative disaggregation or conflict resulting from the continuous functional specialization of general international law”. Repare-se na ênfase dada, por um lado, à continuidade da especialização do DIP, tida como inevitável, e, por outro, à desagregação e aos confrontos normativos decorrentes dessa especialização.

Do ponto de vista legal, as vantagens e desvantagens dessas mudanças são valoradas conforme as lentes, as experiências e a ideologia de cada jurista. Nesse sentido, Wyatt (2010, p. 594) resume os argumentos prós e contra de maneira simples e compreensível, notando que, para os favoráveis, a criação de novos e especializados subsistemas legais não foi apenas mais viável que a expansão do objeto e dos mecanismos existentes de Direito Internacional geral, como também ofereceu claros benefícios, tais como instituições focadas, instrumentos legais e tribunais normalmente melhor adequados à regulação (eficaz) das áreas em ebulição nas relações internacionais. Esta parece ser a abordagem adotada pelos autores do Relatório da CDI sobre fragmentação do DIP, entre os quais figura, com proeminência, Martti Koskenniemi.

¹⁵ Além da ocorrência da “especialização funcional”, o debate em torno da fragmentação do DIP é marcado pela influência do fenômeno da institucionalização do Direito Internacional, conhecido como “move to institutions”. Segundo Galindo, o fenômeno, que considera necessária a criação de organizações internacionais no pós-II GM, ante o mundo desorganizado, inaugurou certa descontinuidade nas relações internacionais, dividindo a história entre uma ordem internacional desinstitucionalizada e outra institucionalizada. O temor, presente desde a década de 1960, era que a excessiva proliferação de organizações internacionais (especializadas e *self-contained*) “poderia gerar problemas para a construção de um bom ambiente de relacionamento entre os Estados” (GALINDO, 2009, pp. 42-43).

Por outro lado, a proliferação de subsistemas normativos e, especialmente, de cortes e tribunais especiais com composições e *ethos* distintos suscita indagações e preocupações de parcela da doutrina. Entre as principais inseguranças, está a possibilidade concreta de conflitos normativos em quantidades crescentes, haja vista as diferentes jurisdições internacionais competindo entre si e atingindo interpretações de regras e princípios inconsistentes com as provisões gerais do DIP. Com base nessa potencial inconsistência, lançam-se críticas ao processo de “fragmentação” do DIP, termo que *per se* incita angústia e ansiedade¹⁶.

Não obstante as posições contrárias e favoráveis à fragmentação, parece irrefutável que a especialização funcional experimentada nos últimos anos tenha conduzido à configuração de novas relações entre as provisões gerais e as determinações dos regimes jurídicos especiais. Lindroos e Mehling (2005, p. 858) consideram mesmo um truísmo o fato de que o Direito Internacional tem sido fragmentado desde seu nascimento, o que não precisa ser necessariamente visto como retrocesso. Tal postura foi reforçada pela CDI/ONU, que confirmou, ao comentar o artigo 55 dos *Draft Articles* sobre Responsabilidade Estatal por Atos Ilícitos, a aptidão dos Estados para criar “treaty-based special regimes” que tenham prioridade sobre as normas gerais de responsabilidade previstas nos artigos comentados¹⁷.

Assim, constata-se clara tendência doutrinária de realçar as interações diagonais, isto é, entre normas gerais de DIP e regras especiais dos respectivos subsistemas. Porém, tem-se dedicado pouca atenção às relações horizontais entre os diferentes ramos jurídicos especiais, tal como o regime humanitário e as provisões de direito ambiental. No cenário atual, o enfrentamento dessa problemática é inevitável, posto que diante da especialização do DIP, os regimes especiais cresceram não somente em quantidade, mas em relevância jurídica, ao ponto de se questionar a viabilidade de regulação das complexas áreas da vida internacional fora dos subsistemas. Na avaliação de Wyatt (2010, p. 596),

¹⁶ O termo foi esculpido por opositores à proliferação dos subsistemas especiais e em defesa da unidade sistêmica do DIP, na medida em que “fragmentário” seria característico do que se desfaz entre os dedos, que não se sustenta e que, portanto, não oferece qualquer segurança ou expectativa de durabilidade. A essa visão contrapõem-se, contudo, vozes entusiastas desses desdobramentos no DIP, ainda que se valendo do mesmo termo para refutar as críticas contra a especialização legal (MARTINEAU, 2009, p. 05).

¹⁷ Artigo 55: *Lex specialis*. These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.

[t]he incidence of horizontal subsystem-subsystem overlap is by contrast only increasing both in absolute and in relative terms. Not only is international law producing ever more, ever strong branches, but the international problems deserving of international law's attention are also increasingly complex and thus ever more likely to traverse the artificial bounds of the different subsystems of contemporary international law.

Nesse ponto, torna-se forçoso tocar na problemática dos regimes fechados, autossuficientes, ou *self-contained regimes*, assim considerados aqueles subsistemas jurídicos que pretendem solucionar todas as demandas que são dirigidas aos seus órgãos à luz unicamente de suas próprias regras e princípios. São eufemisticamente descritos como “stronger forms of *lex specialis*”, uma vez que seus objetos assumem características especiais, em contraposição às regras gerais de Direito Internacional (SIMMA e PULKOWSKI, 2006, p. 490). A lógica dos sistemas autossuficientes funda-se na distinção operada por Hart (1996, pp. 104-5), segundo a qual as normas dividem-se em primárias e secundárias. Primárias, as normas que veiculam mandamentos e obrigações de conduta. Secundárias, as regras previstas para responsabilizar as infrações às normas primárias. Seriam as sanções jurídicas, responsáveis por fornecer o elemento coercitivo ao Direito.

Os regimes fechados robustecem a lógica da *lex specialis*, na medida em que pretendem esgotar a regulação de determinado objeto sob sua alçada, contendo vasta gama de normas primárias e secundárias. Assim, o DIH regularia, por exemplo, exclusiva e isoladamente as situações de conflitos armados. O argumento identificado pelo relatório da CDI (2006, p. 99) é de que esses regimes supostamente “take better account of the particularities of the subject-matter to which they relate; they regulate it more effectively than general law and follow closely the preferences of their members”.

Com esse objetivo definido, os regimes pretensamente autossuficientes estabelecem mecanismos próprios de controle, instituições aptas a processar demandas dirigidas a eles e profícuo corpo normativo, seja de regras primárias, seja de secundárias. Normalmente, têm ambição de ser impermeáveis às normas contidas no Direito Internacional geral, afastando qualquer possibilidade de interação diagonal, bem como às normas de outros regimes especiais, dificultando qualquer interação horizontal entre os subcampos. A permeabilidade, em alguns

casos, poderia ir de encontro aos objetivos traçados pelo próprio sistema. Assim, suas normas devem ser interpretadas à luz dos tratados firmados no seu âmbito de regulação e à luz da jurisprudência produzida por suas próprias cortes e demais órgãos de solução de controvérsia. Nesse contexto, tribunais especiais, tais como os painéis da OMC ou a Corte Europeia de Justiça, que se atêm à lógica normativa de seus próprios subsistemas jurídicos, insistem na chamada “presunção de totalidade do regime” (*presumption of completeness*), emprestando aos defensores da perspectiva particularista a ilusão de que os regimes especiais são autossuficientes e fechados (SIMMA e PULKOWSKI, 2006, p. 506). Este seria o caso, na visão de Andreas von Arnaud (2012, p. 459), do moderno DIH, cujas normas constituiriam um *self-contained regime*.¹⁸

Não obstante a articulada argumentação jurídica em torno dos *self-contained regimes*, sua aceitação em face do complexo e plural Direito Internacional contemporâneo encontra-se em declínio. Assim como Simma e Pulkowski (2006, p. 491), para quem “social systems cannot exist in splendid isolation from their environment”, parcela majoritária dos internacionalistas entende que nenhum regime é autossuficiente (CDI, 2006, p. 100), devido a diversos motivos. EM primeiro lugar, porque apenas com dificuldade se concebe o sistema jurídico internacional como a justaposição atomizada de moléculas distintas (os ramos especiais), que jamais se comunicariam mutuamente. Ao contrário, a racionalidade jurídica inspiradora do DIP faz interagir os diversos regimes especiais entre si, e entre estes e as normativas gerais que perpassam todos os regimes. Assim ocorre com as regras gerais de responsabilização estatal (normas secundárias) e com as regras especiais de direito diplomático, por exemplo, que não se excluem mutuamente.

Em segundo lugar, porque o direito geral fornece suporte normativo ininterrupto a todos os campos especiais. Está sempre presente nos processos de aplicação das normas ou de solução de controvérsias legais, ainda que nos bastidores, e é por meio desse suporte que se concretizam mandamentos ou se esclarecem procedimentos não mencionados pelo regime. O recurso ao direito geral é inevitável, quando se detectam lacunas no subcampo especial que colocam em risco o cumprimento das metas traçadas pelo sistema, particularmente nos casos de ineficácia de regras secundárias. Essas situações implicam *fallback* às normas gerais de responsabilidade, contidas na Convenção de Viena e nos projetos de artigos sobre responsabilidade estatal (CDI, 2006, p. 98).

¹⁸ Segundo o autor, “das moderne HVR (Humanitäresvölkerrecht) bildet ein *self-contained regime*” (ARNAUD, 2012, p. 459).

Tanto assim que, para Simma e Pulkowski (2006, p. 486), as determinações primárias de um tratado especial devem receber compromisso de cumprimento, porém, “if the rules and procedures of special systems fail, a fallback on general international law, including resort to countermeasures, is justified”.

Consequentemente, na questão da interpretação dos tratados internacionais, a *lex specialis* deve ser apenas enxergada como uma técnica argumentativa que serve para articular futuras considerações normativas. Não como mecanismo que automaticamente derroga as leis gerais e que exclui corpos normativos inteiros da atmosfera jurídica internacional. Para Singh (2011, p. 26) esse processo radical de “especialização” reduziu o julgamento jurídico ao resultado da racionalidade interna de determinado regime especial, ensejando aquilo que o autor criticamente denominou de “tendências solipsísticas” de instituições particulares.

O recurso ao direito geral mostra-se igualmente possível, e desejável, em decorrência do princípio da efetiva interpretação dos tratados (*principle of effective treaty interpretation*). Na base desse raciocínio, encontra-se a necessária relação entre efetividade da interpretação e a concreta implementação (*enforcement*) dos termos e objetivos do tratado. Quando os Estados criam ou reforçam regimes especiais, com suas normas próprias de responsabilização, não significa que tenham abandonado sua prerrogativa de implementar (por meio da força, se necessário) seus direitos. Por outras palavras, vinculam-se às normas especiais até o momento em que se mostrem eficazes. A partir do momento em que não o são, a aplicação das regras gerais torna-se possível. Essa posição é esmiuçada por Simma e Pulkowski (2006, pp. 508-9) no seguinte trecho:

Among several possible constructions, the principle of effective interpretation requires adopting the interpretation that best gives effect to the norm in question. Effectiveness includes the notion of enforceability. Consequently, it cannot be easily inferred that a state was willing to give up ‘the rights or faculties of unilateral reaction it possessed under general international law by complementing special primary obligations with a specific set of secondary obligations. If states create new substantive obligations along with special enforcement mechanisms, they merely relinquish their *facultés* under general international law in favor of a special regime’s procedures to the extent that and as long as those procedures prove efficacious. When such procedures fail, enforcement through countermeasures under general international law becomes an option.

Diante desse contexto, nota-se que o Direito Humanitário falha duplamente no quesito de proteção ambiental durante conflitos armados. Falha parcialmente quanto ao conteúdo, ou seja, no amparo ao ambiente, haja vista elevados (quase inalcançáveis) parâmetros para fixação do dano ambiental¹⁹. Deixa a desejar, também parcialmente, quanto ao bom funcionamento dos procedimentos, na medida em que não logra processar, julgar nem condenar Estados que cometem agressões ecológicas, em violações ao Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra, de 1977, e à Convenção ENMOD (Convenção para Proibição do Uso Hostil de Técnicas de Modificação do Meio Ambiente), de 1976²⁰. Repise-se que, até o presente momento, a ENMOD foi invocada apenas uma única vez, ao passo que a Comissão de Investigação prevista no artigo 90 do Protocolo Adicional I jamais tenha sido acionada.

Como se pode observar, trata-se de caso no qual os remédios internos humanitários não fornecem possibilidade razoável de *effective redress*, ou resposta efetiva, às violações ambientais em xeque. Sendo assim, se, de acordo com os Projetos de Artigos sobre Proteção Diplomática (CDI, 2006), artigo 15(a), a exigência de esgotamento dos remédios internos não precisa ser cumprida quando os procedimentos locais não forneçam possibilidade razoável de resposta efetiva, presume-se que a mesma regra poderia ser aplicada aos casos de limitações dos regimes jurídicos especiais. A mesma racionalidade encontra-se difundida no Direito Internacional dos Direitos Humanos, como é o caso do artigo 46(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Da mesma maneira que a implementação dos direitos humanos ocorre em planos diferentes (interno e internacional), a concretização da proteção ambiental perpassa diferentes planos do Direito Internacional, seja em tempos de guerra ou paz. Dos regimes jurídicos que não enfrentarem efetivamente o problema, a vítima (Estado ofendido) poderá recorrer a outros regimes especiais ou mesmo ao Direito Internacional geral.

De início, o recurso formal (legal), nos casos de falha do regime especial, será feito ao direito geral e suas normas (princípios e regras) de natureza igualmente geral. Nada impede, contudo, que as lacunas experimentadas por determinado regime especial sejam colmatadas por

¹⁹ Para mais informações sobre os requisitos para fixação do dano ambiental decorrente de manobras militares em conflitos armados, ver VENTURA, 2012.

²⁰ O Brasil aderiu ao Protocolo Adicional I em 05.05.1992 e ratificou a Convenção ENMOD em 12.10.1984.

provisões de outro regime especial, nas hipóteses em que seus objetos (*subject-matter*) se assemelhem e levando-se em conta a intenção das partes na consecução de determinados interesses e objetivos. Essa intencionalidade pode ser obtida por meio da análise das “pegadas” estatais deixadas em outros regimes especiais, permitindo-se inferir a vontade de determinado Estado de proteger o bem ambiental, nos casos em que tenha assinado simultaneamente acordos ambientais e tratados humanitários que direta ou indiretamente visem à conservação do meio ambiente (RIPHAGEN, 1982, p. 30).

Diante de falhas nos regimes especiais, a ideia de uma zona de não-direito, de completa inexistência de direito, revela-se uma impossibilidade conceitual. Não é concebível a escolha seletiva do direito, admitindo que, quando uma parte for limitada, não se busque complementos noutros ramos especiais. Sendo assim, é razoável que o operador do direito recorra aos fundamentos gerais que inspiram determinado direito especial. Afinal, a argumentação legal funciona num sistema fechado e circular, no qual o reconhecimento de cada demanda jurídica é decidido pelo reconhecimento de outras demandas legais (CDI, 2006, p. 65).

Para a corrente particularista, que considera o Direito Humanitário um regime autossuficiente que transita em circuito legal fechado (ARNAUD, 2012, p. 459), interessa, acima de tudo, analisar e compreender as regras especiais desse sistema. Em crítica a tal comportamento, Simma e Pulkowski apontam certo fanatismo dos juristas que preferem estudar e analisar a vida particular dos planetas (sistemas especiais, suas medidas e finalidade específicas) ao invés do universo, tendendo a se apegarem aos regimes especiais e se incomodar com o “contrabando” de elementos externos. Consequentemente, para os autores, “there is a certain skepticism towards any attempt to ‘smuggle’ alien elements into the regime. Making use of norms outside the regime is more of an ‘emergency operation’ than a desirable practice” (SIMMA e PULKOWSKI, 2006, p. 505). Exemplo clássico desse apego pode ser encontrado na jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, que se apega às normas, às analogias e à lógica interna do sistema europeu.

Por isso, parte da doutrina internacional defende que o termo “self-contained” seja inapropriado e falaz, vez que, conforme conhecida máxima do DIP, regras e princípios não se aplicam no vácuo, mas num todo integrado e interrelacionado. Segundo o relatório da CDI sobre fragmentação, “although the degree to which a regime or responsibility, a set of rules on a problem or a branch of international law needs to be supplemented by general law varies, there is no support

for the view that anywhere general law would be fully excluded” (CDI, 2006, p. 82). No mesmo sentido, Simma e Pulkowski (2006, p. 529) entendem que, apesar do recente fenômeno da “teia difusa de normatividade” (*spread-out web of normativity*), os regimes especiais não estão completamente desacoplados do edifício sistêmico do Direito Internacional²¹.

Nesse cenário, é compreensível que o princípio da *lex specialis* e sua aplicação na prática jurídica internacional sejam elementos determinantes da (in)eficácia normativa do DIH, nomeadamente quanto à proteção contra dano ambiental militar. Em primeiro lugar, porque vigora entre os doutrinadores a noção de que o sistema jurídico vigente durante conflito armado, por excelência, é o DIH, em virtude da especificidade do contexto bélico (SWINARSKI, 1993, p. 24)²². Muito embora nem todos pensem assim, para as teses separatistas essa especificidade supostamente excluiria a possibilidade de aplicação conjunta de outros regimes especiais do DIP.

Em segundo lugar, porque se trata de princípio comumente invocado em contenciosos internacionais envolvendo outros ramos jurídicos, tais como o DIA e o DIDH, no sentido de priorizar o DIH em detrimento de proposições desses outros regimes. O *case law* mais emblemático inclui a Opinião Consultiva da CIJ sobre as Armas Nucleares (1996), analisado em seguida, assim como a sentença da CIJ sobre as Atividades Militares no Território da República Democrática do Congo (2005).²³ No primeiro, a decisão da Corte, segundo a qual o DIH consiste na “lei especial” em conflitos armados, pode ser contorcida no sentido de subsidiar a tese da separação, bastando que se oculte a passagem na qual a CIJ afirma que as normas de ambos os sistemas devam ser aplicadas conjuntamente. Afinal de contas, as obrigações dos Estados são cumulativas, e não mutuamente exclusivas, devendo ser analisadas holisticamente, de modo a

²¹ Diante da argumentação contrária aos regimes fechados, o relatório da a CDI propôs que o termo seja definitivamente substituído por “regimes especiais”, terminologia devidamente utilizada nesse trabalho (CDI, 2006, p. 82).

²² No tratamento dado por Swinarski (1993, p. 24) ao tema, o autor reconhece que DIH seja a *lex specialis* aplicada durante conflitos armados, por conter dispositivos mais pormenorizados de proteção das pessoas em situações de conflitos armados, mas ressalva que existem direitos humanos que são inderrogáveis em qualquer circunstância.

²³ No caso “Armed Activities on the Territory of the Congo” – RDC v. Uganda (Sentença de 19.12.2005), a Corte Internacional de Justiça entendeu que a República da Uganda, no curso da ocupação militar da província congoleza de *Ituri*, violou suas obrigações elementares prevenção de atos de pilhagem, exploração e destruição de recursos naturais da região. Por se tratar de contexto de ocupação bélica, Uganda estaria vinculada primordialmente ao DIH, mas a Corte firmou entendimento no sentido de exigir da potência ocupante a obrigação de reparar os danos ambientais provocados no contexto da ocupação ou do conflito armado. Com isso, estabeleceu mais bases para a defesa da complementaridade entre os regimes especiais de DIH e direito ambiental.

aferir o grau de comprometimento do Estado com determinada causa, neste caso específico, a proteção da pessoa humana.

3. *Lex specialis* e a jurisprudência internacional

A questão da especialidade dos distintos ramos do Direito Internacional foi abordada com proeminência pela jurisprudência internacional. Talvez a decisão judicial mais famosa entre os juristas seja a Opinião Consultiva sobre a Legalidade de Ameaça ou Uso de Armas Nucleares,²⁴ promulgada pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) em 08 de julho de 1996. Com base no artigo 96(1) da Carta da ONU de 1945, a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) exerceu sua prerrogativa de solicitar parecer consultivo sobre matéria jurídica à CIJ e formulou a seguinte pergunta: “Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstances permitted under international law”? Dada a complexidade do tema, esse pedido ensejou aprofundadas discussões acerca da legalidade do uso de armas nucleares à luz não somente de sua capacidade de ceifar milhões de vidas humanas, mas também em decorrência dos potenciais danos irreparáveis ao meio ambiente natural. Embora a discussão tenha se travado no campo da legalidade do uso da força, com polêmicas especiais nos casos extremos de legítima defesa, importa destacar as passagens da opinião proferida pela Corte no tocante ao meio ambiente.

Em primeiro lugar, os juízes identificaram o arcabouço legal aplicável ao caso concreto, de maneira a melhor responder a questão colocada pela AGNU. Confrontaram a legalidade do uso

²⁴ A CIJ recebeu, simultaneamente, dois pedidos de opinião consultiva acerca da legalidade do uso de armas nucleares: um formulado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), intitulado “Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict” (Advisory Opinion) e outro, por parte da Assembleia Geral da ONU, sob o título: “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, ambos de 8 de julho de 1996. O pedido feito pela OMS não foi respondido, pois a CIJ não considerou a organização competente para elaborar a pergunta. A organização perguntou se “in the view of the health and environmental effects, would the use of nuclear weapons by a State in war or other armed conflict be a breach of its obligations under international law including the WHO Constitution”. Segundo a maioria dos juízes, qualquer questão levantada pela OMS deve estar substancialmente restrita à esfera da saúde pública e não abranger temas como segurança internacional e legalidade de uso de determinadas munições militares. Para a CIJ, “the question must be one arising within the scope of the activities of the requesting agency” (CIJ, 1996, p. 89), embora sob fortes críticas dos juízes Weeramantry e Koroma. O segundo pedido, sobre o mesmo tópico, foi elaborado pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Dele resultou a opinião consultiva analisada no presente trabalho, na qual a CIJ eximiu-se de posicionamento mais enfático acerca da proibição e permissão do uso de armas nucleares em conflitos armados.

de armas nucleares com diferentes instrumentos do DIP, em particular o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)²⁵ e o corpo normativo do DIH, e chegaram à conclusão de que a pergunta apenas poderia ser respondida em referência ao direito aplicável no curso dos conflitos armados e não deduzida dos termos do pacto em si²⁶. Transparece a interpretação da prevalência da *lex specialis*.

Com relação à proteção do meio ambiente em decorrência de conflitos nucleares, a CIJ se convenceu que nenhuma norma do DIA existente à época proibia expressamente o uso desse armamento, apenas indicando fatores ambientais que deveriam ser levados em consideração em contextos bélicos. Novamente, a interpretação feita pelos magistrados restringiu o corpo normativo aplicável ao caso, em dissonância com as recomendações contemporâneas de interpretação evolutiva, as quais, por compreenderem a complexidade dos problemas jurídicos, estimulam a complementaridade entre os diferentes corpos normativos do Direito Internacional.

Com efeito, a Corte restringiu o direito aplicável ao caso às respectivas *leges speciales*: Carta das Nações Unidas, Direito Internacional Humanitário e tratados específicos sobre armas nucleares. O tratamento dado pela CIJ à relação entre os sistemas especiais de DIH e DIDH foi alvo de críticas internacionais. Segundo Prud'homme (2009, p. 359), a Corte fracassou na tentativa de explicar a coexistência das disciplinas especiais no Direito Internacional e, com isso, melhor articular a relação entre *lex specialis* e *lex generalis* nas situações de conflitos armados. Segundo a decisão final,

[t]he most directly relevant applicable law governing the question of which it was seized is that relating to the use of force enshrined in the Charter of the United Nations and the law applicable in armed conflicts which regulate the conduct of hostilities, together with any specific treaties on nuclear weapons that the Court might determine to be relevant (CIJ, 1996, p. 96).

²⁵ O Pacto está registrado no vol. 999, p. 171 (UNTS) e foi ratificado pelo Brasil em 24 jan. 1992.

²⁶ “[...] can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself” (CIJ, 1996, p. 96).

No que diz respeito à suposta natureza de *self-contained regime* do DIH, esta encontra-se profundamente questionada em contenciosos jurídicos envolvendo a salvaguarda de direitos humanos, sendo possível identificar casos nos quais as *leges generales* de direitos humanos são aplicadas simultaneamente às de DIH. Como exemplo, cita-se o episódio emblemático da construção de muro, por forças israelenses, no território palestino ocupado, que ficou conhecido *Wall case*²⁷. Em 09 de julho de 2004, a CIJ emitiu opinião consultiva acerca das consequências legais da medida israelense e deliberou pela aplicabilidade simultânea das regras de DIH e das normas fundamentais de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), no conflito israelo-palestino. Em primeiro lugar, por se tratar de território ocupado, preenchendo um dos requisitos de aplicabilidade *ratione materiae*, conforme artigos 2º e 3º comuns às Convenções de Genebra de 1949. Em seguida, porque a construção do muro viola frontalmente o direito do povo palestino à autodeterminação, preconizado em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, a começar pelo primeiro artigo²⁸ do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).²⁹ Segundo a opinião consultiva publicada em 09 de julho de 2004:

As regards international humanitarian law, the Court refers to the provisions of the Hague Regulation of 1907, which have become part of customary law, as well as the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 1949, applicable in those Palestinian territories which before the armed conflict of 1967 lay to the east of the 1949 Armistice demarcation line (or “Green Line”) and were occupied by Israel during that conflict. The Court further notes that *certain human rights instruments (International Covenant on Civil and Political Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the United Nations Convention on the Rights of the Child) are applicable in the Occupied Palestinian Territory* (CIJ, 2004) (Grifos acrescidos).

²⁷ International Court of Justice (ICJ). Advisory Opinion. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Jul 2004.

²⁸ PIDESC, art. 1º - 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência. 3. Os Estados-partes no presente Pacto, inclusive aqueles que tenham responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

²⁹ De acordo com a decisão da CIJ, “the construction [of the wall], along with measures taken previously, [...] severely impedes the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination, and is therefore a breach of Israel’s obligation to respect that right” (2004, p. 52).

Nessa mesma decisão, a CIJ declarou o DIH como *lex specialis* nos casos de conflitos armados, em contraste com as provisões de direitos humanos, embora tenha reconhecido que existam direitos em interseção entre esses dois subcampos do direito. Quer dizer, reconheceu a aplicabilidade cumulativa dos dois regimes, conforme a sentença de 1996, mas identificou no DIH a regra mais específica.

A mesma linha de raciocínio jurídico pode ser encontrada noutro exemplo invocado por Orakhelashvili (2008, pp. 176-7), para justificar restrições ao princípio da especialidade do DIH diante de convenções internacionais de direito humanos. Trata-se de prática comumente adotada por agências de segurança estadunidenses, que consiste na detenção de suspeitos de terrorismo sem corpo probatório sólido (como ocorre frequentemente com os detidos em Guantánamo), prática considerada injustificável à luz do DIDH, ainda que o DIH a permita. Nesses casos, segundo a concepção do autor, as normas gerais de direitos humanos continuam vigendo em detrimento da especialidade das regras que regem os conflitos armados e, portanto, condenam qualquer detenção marcada pela falta de provas. Para Orakhelashvili (2008, p. 177),

[i]n the ongoing non-international armed conflicts involving United States forces, the *lex specialis* authorizing detention without respect for the guarantees set forth in article 9 of ICCPR therefore can no longer serve as basis for that detention. In other words, the general law of human rights continues to govern and outlaw the detention of the Guantanamo detainees.

Percebe-se, pois, que a questão central no debate acerca da especialidade das normas humanitárias e sua aplicabilidade exclusiva durante conflitos armados consiste na ampliação dos parâmetros protetivos, seja dos direitos humanos, seja das garantias ambientais.³⁰ Noutras palavras, é preciso compreender se a essência da *lex specialis* consiste em restringir a aplicação simultânea de outros ramos especiais ou fornecer uma regulação mais detalhada dos objetos

³⁰ Embora não haja vasta jurisprudência internacional em matéria ambiental, é possível inferir por meio de analogia com as decisões proferidas na seara dos direitos humanos, que algumas garantias ambientais continuam vigentes durante conflitos armados.

comuns a tais ramos.³¹ Em se tratando da conservação do meio ambiente, bem internacional tutelado pelo DIA e pelo DIH, a aplicação do princípio da *lex specialis* no sentido de isolar os instrumentos normativos de DIH, enquanto únicos aptos a produzir efeitos legais durante conflitos armados, não parece estar em sintonia com os fundamentos teóricos do Direito Internacional. Por este motivo, ao ver de Birnie *et al.* (2009, p. 42), as cortes internacionais têm se posicionado no sentido de interpretar os diversos regimes especiais do Direito Internacional como um todo integrado,³² exceto nos casos em que as próprias partes adotam técnicas de escolha seletiva do direito aplicável e dificultam uma solução final.

Ainda que o DIH se configure, em determinados contextos bélicos, como exceção às normas gerais de direitos humanos, a exarcebação da fragmentação implicaria em subsequente engessamento das normas internacionais e perdas consideráveis em termos de eficácia. Ao ver de Balendra (2007, p. 2491),³³ seria mesmo possível recorrer a métodos interpretativos capazes de apontar os direitos humanos como *lex specialis* a ser aplicada em conflitos armados, ao invés das provisões áridas do direito humanitário. De acordo com a abordagem da “harmonização normativa” (*harmonization method*), os conjuntos legais confrontantes devem ser interpretados de modo mutuamente colaborativo, com vistas a torná-los compatíveis entre si e evitar o isolamento (BALENDRA, 2007, p. 2486).

Embora não encontre aplicabilidade em casos de normas claras, concisas e conflitantes entre si, posto que um conjunto normativo deva ser invariavelmente preterido, a técnica da harmonização parece apontar a um caminho alternativo ao isolamento absoluto de determinado regime especial de DIP. Nos casos de normas ambíguas e mal definidas, o método seria capaz de emprestar eficácia às provisões, mesmo as conflitantes, levando em conta as necessidades de proteção da vítima, no caso a natureza (TRINDADE, 1996, p. 30). De fato, situações de ocupação territorial, que normalmente estão sob a regência do DIH, podem envolver mais atividades

³¹ A respeito da função exercida pela *lex specialis* na interação entre o DIH e o DIDH, Orakhelashvili (2008, p. 169) entende que “the real question, however, relates not to the use of Latin phrases, but to whether the essence of *lex specialis* is to curtail the protection under human rights law or provide more detailed regulation of it”.

³² “International tribunals have usually found various ways of applying international law as an integrated whole” (BIRNIE *et al.*, 2009, p. 42).

³³ Ao analisar a relação entre DIH e normas gerais de Direitos Humanos durante conflitos armados, Balendra (2007, p. 2489-91) ressalta duas conclusões: primeiro, que o “IHL does act as an exception to HRL in certain circumstances”. Em segundo lugar, que as exceções com base na máxima da *lex specialis* devem ser interpretadas de maneira restritiva, sob pena de exceções interpretadas de modo amplo subjugarem as regras importantes.

policiais corriqueiras que manobras militares propriamente ditas, casos nos quais as normas gerais de direitos humanos poderiam fornecer bases mais sólidas e coerentes de julgamento das violações ocorridas no curso dessas ocupações³⁴.

CONCLUSÃO

O Direito Humanitário aplicado de maneira isolada poderá conduzir à ineficácia jurídica da proteção ambiental durante conflitos armados. Significa que a aplicação absoluta e ilimitada da máxima *lex specialis* implica não somente em rupturas estruturais no seio do Direito Internacional, como também em perdas de efetividade na implementação das normas de determinados ramos especiais. Com base nessa constatação, nos casos envolvendo a natureza e os conflitos armados (situações que tocam diretamente três ramos especiais do DIP), o princípio da *lex specialis* poderia ser flexibilizado, de modo a ensejar maior diálogo entre os regimes jurídicos, sempre com vistas a melhor salvaguardar os bens jurídicos em foco: meio ambiente. Essa viva interação, por sua vez, proporcionaria espécie de “ecologização” do DIH, ramo jurídico atualmente distante dos parâmetros internacionais de proteção ambiental fixados em diversos tratados e acordos multilaterais de meio ambiente.

O isolamento normativo e a aplicação exclusiva do DIH durante conflitos armados consistem em obstáculos à efetivação das suas próprias disposições, particularmente aquelas ambientais e de direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A aproximação entre a agenda da proteção ambiental e as situações de conflitos armados demanda interpretações progressistas e dotadas de forte “sensitividade ecológica”, capazes de dialogar com instrumentos normativos humanitários e ambientais.

À luz das ponderações trazidas ao longo deste artigo, não se justifica a existência de *self-contained regimes*, muito menos que a aplicação do princípio da *lex specialis derogat lege generale* exclua considerações ecológicas da análise de violações ambientais ocorridas durante conflitos armados, sobretudo em face da potencial ineficácia das normas humanitárias em prevenir e remediar (restaurar e responsabilizar) tais situações. Ao longo das últimas décadas, floresceu a

³⁴ Cf. CIJ, *Wall Case*, 2004.

consciência de que o DIH não lida com um problema monofacetado, cujas soluções repousam exclusivamente no seu próprio arranjo normativo.

Trata-se, pois, de reconhecer a relevância adquirida pelo regime jurídico especial ambiental, que toma a conservação do ambiente natural como ponto de partida interpretativo dos instrumentos de DIH. Esse fato impõe afastamento do reducionismo dos códigos binários, que insistem em eleger o DIH ou as provisões de direito ambiental, em processo mutuamente excludente. Comprovadas a complexidade e a potencialidade das relações existentes entre esses dois subcampos do Direito Internacional, importou, neste texto, tratar alternativas e caminhos para a maior efetividade da conservação do ambiente natural em tempos de guerra.

Diante dessa finalidade, além da firme reiteração e da ampla publicização das proibições de dano ambiental existentes no DIH, a ecologização das normas humanitárias apresenta potencial para proteger o meio ambiente contra danos militares, possibilitando a manutenção de um *status* mínimo de condições vitais, com vantagens que remetem à reconstrução menos traumática dos Estados afetados e a melhores possibilidades da manutenção da paz.

Por fim, pode-se afirmar que a “ecologização” do DIH, em pelo menos uma de suas facetas, implica na aproximação de mecanismos humanitários com normas e princípios de outros regimes jurídicos especiais, nomeadamente o direito ambiental e os direitos humanos. A assimilação da racionalidade preventiva, marcante no DIA contemporâneo, juntamente com as normas humanitárias, com vistas à efetivação da conservação do ambiente natural durante conflitos armados, foi tratada, recomendada e exemplificada.

As normas humanitárias podem se tornar mais eficazes na medida em que, por meio da interpretação holística de outras áreas relevantes do Direito Internacional, particularmente a ambiental, sejam marcadas pela interação desses sistemas e, mais ainda, por mecanismos concretos de respeito (*compliance*), em processo que contribui para a criação de uma cultura jurídica plural, na qual os profissionais do direito se valem do arcabouço legal internacional, na busca de soluções jurídicas mais adequadas às demandas postas em desafio.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, Andreas von. **Völkerrecht**. Heidelberg: Müller Verlag, 2012.

BALENDRA, Natasha. Defining armed conflict. *In: Public law and Legal Theory Research Paper Series*, New York University, pp. 2461-2507, 2007.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. **International Law and the Environment**. Oxford: OUP, 2009.

BORGES, Leonardo Estrela. **Para entender o DIH: a proteção do indivíduo em tempo de guerra**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL (CDI). Organização das Nações Unidas. **Draft articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties**, with commentaries. Finalizado por Lucius Caflisch. A/66/10, 2011.

_____. ONU. **Draft articles on Diplomatic Protection**, A/58/10, 2006.

_____. ONU. **Draft articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**, with commentaries, A/56/10, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Das origens da noção de patrimônio comum da humanidade aplicada aos fundos marinhos. *In: Notícia do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da UnB, n. 15, pp. 19-60, 2009.

_____. Constitutionalism forever. *In: Finnish Yearbook of International Law*, vol. 21, pp. 137-170, 2012.

GASSER, Hans-Peter. **Le Droit International Humanitaire**. Genève: Institut Henry Dunant, 1993.

GREEN, Leslie C. **The contemporary Law of Armed Conflict**. 3 ed. Manchester: Manchester University Press, 2008.

GROTIUS, Hugo. **De jure belli ac pacis**, 1625. Tradução de A. C. Campbell, 1814. Disponível em: <<http://www.constitution.org/gro/djbp.htm>>. Acesso em: 04 out. 2012.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3ª ed. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HEINTZE, Hans-Joachim. On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law. **International Red Cross Committee**, vol. 86, n. 856, Geneva, 2004.

KOLB, Robert e HYDE, Richard. **An Introduction to the International Law of Armed Conflicts**. Portland: Hart, 2008.

LINDROOS, Anja e MEHLING, Michael. Dispelling the chimera of self-contained regimes: international law and the WTO. *In: EJIL*, vol. 15, n. 5, pp. 857-877, 2006.

MARTINEAU, Anne-Charlotte. The rhetoric of fragmentation: fear and faith in international law. *In: Leiden Journal of International Law*, vol. 22, pp. 1-28, 2009.

ORAKHELASHVILI, Alexander. The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: fragmentation, conflict, parallelism or convergence? *In: EJIL*, vol. 19, no. 1, pp. 161-182, 2008.

OETER, Stefan. Methods and means of combat. In: FLECK, Dieter (Ed.). **The Handbook of International Humanitarian Law**, 2^a Ed, Oxford: OUP, 2008.

PETERKE, Sven. Regulating “drug wars” and other gray zone conflicts. *In: Humanitarian Action in Situations Other Than War (HASOW)*, pp. 1-26, 2012.

PRUD’HOMME, Nancie. Lex specialis: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship? *In: Israel Law Review*, vol. 40, n. 2, pp. 355-395, 2007.

SIMMA, Bruno e PULKOWSKI, Dirk. Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. *In: EJIL*, vol. 17, n. 3, pp. 483-529, 2006.

SINGH, Sahib. The potential of international law: fragmentation and ethics. *In: Leiden Journal of International Law*, vol. 24, pp. 23-43, 2011.

SIVAKURAMAN, Sandesh. **The Law of Non-International Armed Conflict**. Oxford: OUP, 2012.

SWINARSKI, Christophe. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1993.

TEUBNER, Gunther e FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law, *In: Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, n. 4, 2004.

THÜRER, Daniel. **International Humanitarian Law: theory, practice, context**. Hague Academy of International Law, AIL-Pocket, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**. San José: IIDH, 1996.

VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. Natureza sitiada: insuficiência do Direito Internacional Humanitário na proteção do meio ambiente durante conflitos armados. **XXI Congresso do CONPEDI**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, pp. 259-286.

WYATT, Julian. Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict. *In: International Review of the Red Cross*, Vol. 92, n. 879, Set 2010.

ZOLO, Danilo. **Rumo ao ocaso global?** Os direitos humanos, o medo, a guerra. Orgs. FEITOSA, Maria Luiza Alencar; TOSI, Giuseppe. São Paulo: Conceito, 2011.

Legislação e Case Law

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. ONU. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**, Opinião Consultiva, 1996.

_____. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Opinião Consultiva, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, San Jose, 1969, vol. 1144, UNTS.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, vol. 999, p. 171 (UNTS), Nova Iorque, 1966.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, Nova Iorque, 1966.

_____. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**, Viena, 1969.

_____. **Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional**, Ramsar, 1971, vol. 996, p. 246, UNTS.