

Silvano Denega Souza

**O BRASIL DO PRÉ-SAL:
A SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS
NATURAIS COMO OBRIGAÇÃO
AMBIENTAL INTERNACIONAL**

Dissertação submetida ao
Programa de Pós-Graduação da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau
de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rogério Silva
Portanova

Florianópolis
2012

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Souza, Silvano Denega

O BRASIL DO PRÉ-SAL [dissertação] : O BRASIL DO PRÉ-SAL :
A SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS COMO
RESPONSABILIDADE AMBIENTAL INTERNACIONAL / Silvano Denega
Souza ; orientador, Rogério Silva Portanova -
Florianópolis, SC, 2012.

143 p. ; 21cm

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Pré-sal. 3. Direito Ambiental
Internacional. 4. Soberania Permanente sobre os Recursos
Naturais. 5. Sustentabilidade. I. Portanova, Rogério
Silva. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Silvano Denega Souza

**O BRASIL DO PRÉ-SAL:
A SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS
NATURAIS COMO OBRIGAÇÃO
AMBIENTAL INTERNACIONAL**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC.

Florianópolis, 30 de novembro de 2012.

Prof. Dr. Luís Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rogério Silva Portanova
Orientador
UFSC

Prof.^a Dr.^a Cristiane Derani
UFSC

Prof. Dr. Osvaldo Agripino Castro Jr.
UNIVALI

Prof.^a Dr.^a Patrícia Luiza Kegel
FURB

Dedicado aos meus queridos pais
Gilmar e Oli pelo incentivo aos
estudos e pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Ao término dessa empolgante jornada na Universidade Federal de Santa Catarina, não poderia dar as costas à Ponte Hercílio Luz sem agradecer aqueles que estiveram ao meu lado nesse maravilhoso período na capital catarinense.

Inicialmente os agradecimentos à minha diletta família, minha avó Ilda, meus pais Gilmar e Oli e meus irmão Alessandro, Everton e Grazielle. Ao lado da família as tarefas mais difíceis são superadas com serenidade e perseverança.

Estendo os agradecimentos aos Professores que me guiaram nas áreas de Direito Internacional, Direito Marítimo e Direito Ambiental nas três principais instituições universitárias de Santa Catarina, UFSC, FURB e UNIVALI.

Gostaria ainda de consignar meu apreço ao Grupo de Pesquisas em Relações Internacionais e Direito e Desenvolvimento da UFSC, e em especial ao meu colega mestrando Rafael dos Santos Miranda pelas opiniões sempre pertinentes e que indubitavelmente serviram para avultar a pesquisa.

Agradeço especialmente à Universidade de Leiden, pelo robusto apoio bibliográfico e pelo aprazível ambiente de estudos na *Juridische Bibliotheek*, no *Kamerlingh Onnes Gebouw* e ao amigo Erwin Dassen, pela apreciada hospitalidade e acolhida quando da minha viagem de estudos à Holanda.

Meus votos de apreço aos queridos amigos da secretaria do PPGD, professores e demais funcionários da UFSC.

Por fim, agradecer a Denega & Cheang Advogados e aos meus amigos do C6 pelo incentivo diário e pelos momentos sempre marcantes que vocês proporcionam. A amizade incondicional torna qualquer projeto possível.

RESUMO

Na última década o Brasil descobriu imensas reservas de petróleo e gás natural em sua plataforma continental, precisamente na região geológica conhecida como camada pré-sal. Embora um ambiente inóspito e que exige uma complexa e inédita tecnologia de extração, o pré-sal já é uma realidade e elevará o país à posição de um dos principais produtores de petróleo no mundo. Porém, a atividade de exploração envolve um meio absolutamente sensível e que definitivamente requer uma diligência duradoura. Assim, o ambiente marinho precisa ser protegido acima dos próprios anseios econômicos por um rígido sistema normativo local e internacional, justamente devido ao caráter universal do bem tutelado. Dessa forma, o direito ambiental internacional pode ser considerado como paradigmático, um regime autossuficiente e fragmentado com métodos próprios, conceitos e princípios que visam, sobretudo, o desenvolvimento sustentável. O presente estudo aborda os reflexos da atividade petrolífera de exploração do pré-sal sob a ótica da *soberania permanente sobre os recursos naturais*, um princípio surgido a partir de meados do século passado em várias Resoluções da Assembleia Geral da ONU, evoluindo através dos tempos e passando a adquirir, finalmente, uma forte vertente ambiental. Embora seja importante delinear a natureza jurídica da soberania permanente (enquanto princípio, costume ou *jus cogens*), a maior relevância será dada à própria limitação ao exercício da soberania permanente pelos Estados, ou seja, a obrigação imanente de desenvolvimento estatal respeitando critérios de sustentabilidade e de responsabilidade de longa duração. Dissertação apresentada como requisito ao título de mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Palavras-chave: Petróleo. Pré-sal brasileiro. Direito Ambiental Internacional. Soberania Permanente. Desenvolvimento sustentável

ABSTRACT

In the last decade Brazil has discovered huge reserves of oil and natural gas in its continental shelf, precisely in the geological region known as pre-salt layer. Although an inhospitable environment which requires a complex and unprecedented extraction technology, the pre-salt is already a reality and will bring the country to a position of the largest oil producers in the world. However, the exploitation involves an absolutely sensitive environment, which definitely requires an everlasting care. Thus, the marine environment must be protected above economic anxieties by a rigid regulatory system, both local and international, precisely due to the universal feature of the seas. Therefore, the international environmental law can be considered as paradigmatic, a self-contained and fragmented regime with its own methods, concepts and principles that are mainly leading to sustainable development. The study examines the effects of the oil activity in the pre-salt exploitation from the perspective of permanent sovereignty over natural resources, a principle emerged from the middle of the last century in various UN General Assembly Resolutions, which evolved through the time and finally acquired a strong environmental component. However it is important to outline the legal status of permanent sovereignty (as a principle, custom or *jus cogens*), the most relevance will be given to the permanent sovereignty limitation by the states, *i.e.*, the inherent obligation of state development but respecting criteria of sustainability and long-term liability. Theses submitted as a requirement for the title of Master in Law and International Relations of the Federal University of Santa Catarina (UFSC).

Keywords: Oil. Brazilian pre-salt. International Environmental Law. Permanent Sovereignty. Sustainable development.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AG	Assembleia Geral da ONU
ANP	Agência Nacional do Petróleo
API.....	<i>American Petrol Institut</i>
CERDS.....	Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados
CDFS	Conselho Deliberativo de Fundo Social
CIJ.....	Corte Internacional de Justiça
CLC.....	<i>Civil Liability Convention (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage)</i>
CLPC	Comissão para os Limites da Plataforma Continental da ONU
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
CONAMA...	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CPRM	Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais
DBO	Demanda Bioquímica de Oxigênio
DOU.....	Diário Oficial da União
DPC.....	Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil
DQO.....	Demanda Química de Oxigênio
ECOSOC.....	<i>The United Nations Economic and Social Council</i>
FMI	Fundo Monetário Internacional
FUND.....	Fundo Internacional de Compensação de Danos de Poluição por Óleo
GATT.....	<i>General Agreement on Trade and Tariffs</i>
GEE.....	Gases de Efeito Estufa
GLOBALLAST	<i>Global Ballast Water Management Programme</i>
GNC.....	Gás Natural Comprimido
GNL	Gás Natural Liquefeito
GTL.....	<i>Gas To Liquid</i>
GTW	<i>Gas To Wire</i>
HGN.....	Hidrato de Gás Natural
ILA.....	<i>International Law Comission</i>
ILC.....	<i>International Law Comission</i>
IMO.....	<i>International Maritime Organization</i>
ISBA	<i>International Sea Bed Authority</i>
ITLOS	<i>International Tribunal for the Law of the Sea</i>
LC – 72	<i>London Convention</i> (Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias)
LEPLAC	Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira

LOLicença de Operação
 LPPER.....Licença Prévia de Perfuração
 LPPROLicença Prévia de Produção para Pesquisa
 MARPOL*International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*
 MEA.....*Multilateral Environmental Agreements*
 OD.....Oxigênio Dissolvido
 OECD.....*Organization for Economic Co-operation and Development*
 OILPOL*International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil*
 OMC.....Organização Mundial do Comércio
 ONUOrganização das Nações Unidas
 OPRC/90Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo
 OPRC/ HNS *Hazardous and Noxious Substances*
 OSPAR.....*Oslo and Paris Conventions (Convention for Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic)*
 PEBPetrobrás-Bolívia S.A.
 PEI.....Plano de Emergência Individual
 PH.....Potencial Hidrogeniônico
 PNC.....Plano Nacional de Contingência
 PNUMAPrograma das Nações Unidas para o Meio Ambiente
 PPSAPré-Sal Petróleo S.A
 PROAREA..Programa de Prospecção e Exploração de Recursos Minerais da Área Internacional do Atlântico Sul e Equatorial
 PPSRNPrincípio da Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais
 SISNAMA...Sistema Nacional do Meio Ambiente
 UNCCD.....*United Nations Convention to Combat Desertification*
 UNCLOS.....*United Nations Convention on the Law of the Sea*
 UNCTAD*United Nations Conference on Trade and Development*
 UNFCCC.....*United Nations Framework Convention on Climate*
 WTO.....World Trade Organization
 ZEEZona Econômica Exclusiva

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	17
1.1. OBJETIVOS	23
1.1.1. Objetivo Geral.....	23
1.1.2. Objetivos Específicos	23
2. DELINEAMENTOS TEÓRICO-CONCEITUAIS DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL	25
2.1. O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL ENQUANTO REGIME AUTOSSUFICIENTE	25
2.1.1. O fenômeno da fragmentação do direito internacional. ...	25
2.1.2. A formação do direito ambiental internacional	30
2.2. FONTES DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL....	36
2.2.1. Tratados	38
2.2.2. Costumes	39
2.2.2.1. O direito costumeiro internacional.....	39
2.2.2.2. O direito ambiental costumeiro internacional	43
2.2.3. Princípios	49
2.2.3.1. Princípios gerais de direito internacional geral inspiradores do direito ambiental internacional.....	50
2.2.3.2. Princípios gerais de direito ambiental internacional	55
3. O PRINCÍPIO DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS: DIREITOS E OBRIGAÇÕES IMANENTES	61
3.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PSPSRN NA ONU	61
3.2. NATUREZA JURÍDICA DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS.....	73
3.2.1. A soberania permanente e sua força como Resolução da Assembleia Geral da ONU	73
3.2.2. A soberania permanente sobre os recursos naturais: <i>status de jus cogens</i>	76
3.3. A PRÁTICA DO PSPSRN	79
3.4. DIREITOS E OBRIGAÇÕES INERENTES À SOBERANIA PERMANENTE EM UM MUNDO INTERDEPENDENTE.....	82
3.4.1. Direitos inerentes à soberania permanente sobre os recursos naturais.....	84
3.4.2. Obrigações inerentes à soberania permanente sobre os recursos naturais.....	85

3.5. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRINCIPAL OBRIGAÇÃO IMANENTE À SOBERANIA SOBRE OS RECURSOS NATURAIS	87
3.5.1. A implementação e evolução do conceito de desenvolvimento sustentável.....	89
4. O PRÉ-SAL: POSSIBILIDADES E LIMITES EM RAZÃO DA SOBERANIA E PROTEÇÃO AMBIENTAL.....	95
4.1. ASPECTOS GERAIS DO PRÉ-SAL.....	96
4.1.1. Definição e características	96
4.1.2. A legislação brasileira correlata ao pré-sal	99
4.2. A SOBERANIA E DIREITOS SOBERANOS SOBRE O MAR.....	102
4.3. A TUTELA AMBIENTAL DOS MARES	107
4.3.1. Aspectos introdutórios	107
4.3.2. Convenções ambientais internacionais sobre proteção marinha	110
4.4. LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA RELACIONADA AO AMBIENTE MARINHO.....	119
4.4.1. Legislação ambiental específica sobre a exploração do petróleo.....	121
4.5. O PRÉ-SAL E OS NOVOS DESAFIOS AMBIENTAIS	125
5. CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	133

1 INTRODUÇÃO

A descoberta de grandes jazidas de petróleo e gás natural na camada pré-sal da plataforma continental brasileira¹ e a expectativa em torno de sua exploração transformaram drasticamente as perspectivas do setor no país². O desenvolvimento econômico a partir da lavra e comércio de hidrocarbonetos indubitavelmente elevará o Brasil a uma posição de destaque no mercado de petróleo mundial, transformando o país em um *global player* no setor.

A grande área ainda à disposição para ser explorada – a denominada Amazônia Azul³ –, aliada ao aumento significativo de instalações *offshore*⁴ e ao crescimento das operações de extração nos oceanos expõem uma justificável preocupação de caráter ambiental, dada sua influência direta em um ecossistema extremamente sensível e que dificilmente se recuperaria de um incidente de maior envergadura.

Algumas importantes questões sobrevivem da extração e exploração em grande escala do petróleo no pré-sal, principalmente as relacionadas ao impacto no ambiente marinho e recursos naturais que permeiam as plataformas. Embora com todo o avanço tecnológico e toda a confiança que o ser humano deposita em si e em sua tecnologia, incidentes ocorrem e podem ser absolutamente desastrosos, como o

¹ O Art. 76, I, da UNCLOS (Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar) traz a definição: “A plataforma continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância”. Adaptada à legislação nacional pela Lei n. 8.617/1993, art. 11.

² “As novas descobertas off-shore na camada pré-sal das bases sedimentares brasileiras de Santos e Campos são estimadas em 15 bilhões de barris de óleo equivalente (boe), em adição aos atuais 12 bilhões de barris em reservas”. In: HERNANDEZ-PEREZ, Adriana. Economics of oil regulation and the Brazilian reform: some issues. **Energy Policy**, Hastings, v. 39, p.57-65, 2011. p.57

³ Amazônia Azul é um termo denominado ao acréscimo de território (4.500.000 km²) pleiteado pelo Brasil à Comissão para os Limites da Plataforma Continental da ONU. Ver item 4.2

⁴ “Instalações offshore são mais frequentemente encontradas na forma de massivas plataformas de petróleo, geralmente usadas como base para a prospecção e exploração de recursos naturais”. In: GAVOUNELI, Maria. Pollution from Offshore Installations. Leiden: Martinus Nijhof, 1995. p.15

*blowout*⁵ resultado de uma falha no *preventer*⁶ da plataforma *Deepwater Horizon*, da *British Petroleum*, ocorrido em 2010 no Golfo do México. Estima-se ter havido neste incidente o vazamento de cerca de cinco milhões de barris de petróleo⁷ no mar.

A tutela ambiental marinha (incluindo-se as atividades de exploração de hidrocarbonetos) é regida por diversas normas internacionais, mormente as pactuadas em forma de *Multilateral Environment Agreements* (MEAs)⁸ – ou, Acordos Ambientais Multilaterais. A partir do estudo dos MEAs é possível notar uma rede ainda em construção de princípios, normas, conceitos, práticas dos Estados, decisões de tribunais locais e internacionais e demais procedimentos que vêm ultimamente constituindo o direito ambiental internacional.

O principal aspecto a ser analisado neste estudo é a existência do direito ambiental internacional como um regime autossuficiente⁹ e seu espectro de criação, expansão e solidificação de normas que tutelam o ambiente global. E, justamente por desconhecer fronteiras políticas e ideológicas, a realidade ambiental é equiparada à vocação globalizante da economia e do comércio, cuja tendência a partir do séc. XX tem sido

⁵ *Blowout* é um termo utilizado na indústria petrolífera e significa um vazamento incontrolável de gás ou óleo e outros fluídos, sendo lançados na atmosfera ou em formações subterrâneas. Fonte: *Oil & Gas Field Technical Terms Glossary*. Disponível em: <http://oilgassglossary.com/blowout.html>. Acesso em: 10 fev. 2012.

⁶ “Um obturador anti-erupção (*blowout preventer*) é um dispositivo que serve para ativar automaticamente a vedação de um poço em resposta ao aumento de pressão, impedindo o vazamento. É composto por uma série de êmbolos que se destinam a cortar o tubo de perfuração e a selar o poço em caso de perda do controle.”. In: BRATSPIES, Rebecca M. *A Regulatory Wake Up Call: Lessons From BP’s Deepwater Horizon Disaster*, **Golden Gate University Environmental Law Journal**, San Francisco, v.5, pp 7-60, 2011, p.31.

⁷ Sobre: PETTIT, David; NEWMAN, David. *Blowout: Legal Legacy of the Deepwater Horizon Catastrophe: Federal Public Law and the Future of Oil and Gas Drilling on the Outer Continental Shelf*. **Roger Williams University Law Review**, Bristol, v.17, p.184-220, 2012.

⁸ Termo utilizado na literatura internacional

⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the expansion and diversification of international law**. Report of the study group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi. Genebra, 2006. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682_add1.pdf. Acesso em: 05 fev. 2012.

a unificação¹⁰. Assim, sob esta perspectiva de que toda ação na natureza gera um reflexo proporcional e sem limitação de fronteiras, as responsabilidades ambientais dos Estados perante a comunidade internacional adquirem suprema importância.

De todas as normas e princípios que hoje compõem o vasto campo do direito ambiental internacional, a *soberania permanente sobre os recursos naturais*, um princípio nascido na Assembleia Geral da ONU¹¹ e posteriormente integrado às Declarações de Estocolmo (1972) e do Rio (1992), possui um caráter inerente de *responsabilidade ambiental internacional*, embora inicialmente passe uma ideia exclusiva de autodeterminação. No entanto, o termo “responsabilidade”, em se tratando de direito internacional, submete o tema a algumas reflexões.

Inicialmente percebe-se que uma visão mais contemporânea do direito internacional já tenciona aceitar que fóruns multilaterais – como a Assembleia Geral da ONU –, representados pelos Estados e vários grupos de interesse de abrangência global, executam um papel central na criação e formação do direito internacional. Além disso, existem contundentes opiniões de que as próprias Resoluções da Assembleia Geral “*podem explicar e especificar princípios gerais de normas da Carta da ONU e podem ser evidência de costume internacional*”¹². Portanto, ao se estabelecer uma *responsabilidade* em direito internacional é necessária a avaliação da gênese, das características do instrumento matriz e, principalmente, do exercício da soberania do Estado em se submeter a tal responsabilidade e garantir sua eficácia. Portanto,

soberania e independência não são abstrações, fetiches ou dogmas sem efeito no plano das relações internacionais, mas, ao contrário, são instrumentos jurídico-políticos atuais, cujo conteúdo positivo repousa na contribuição que eles dão à cooperação ao desenvolvimento em condições de igualdade ao desdobramento normal das relações inter-estatais¹³. (tradução nossa)

¹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. v.1. São Paulo: Atlas, 2002, p. 28.

¹¹ Resolução AG ONU 26 (VII).

¹² HIGGINGS, Rosalyn. **The development of International Law through the political Organs of the United Nations**. Oxford: Oxford, 1963, p.5

¹³ ELIAN, George. **The Principle of Sovereignty Over Natural Resources**. Alphen aan den Rijn: Sitjhoff, 1979, p.35

É necessário esclarecer que enquanto *soberania* envolve a posição completa e complexa de um Estado perante a ordem mundial, a *soberania permanente* trabalha apenas com direitos e obrigações concernentes aos recursos naturais¹⁴. Essa é a premissa que acompanhará este estudo até a sua conclusão.

Uma questão que também merece a devida diligência é a situação e localização dos recursos energéticos no pré-sal, ou seja, uma área localizada na plataforma continental e Zona Econômica Exclusiva (ZEE)¹⁵ brasileira. Nessa área marinha os Estados possuem *direitos soberanos* (Art. 56 UNCLOS) e não *soberania* na forma clássica (ilimitada e absoluta). Porém, uma vez mais há a preponderância da variável ambiental, que nesse específico caso defere ao Estado costeiro *jurisdição* sobre a área no aspecto relacionado à proteção e preservação do ambiente marinho (Art. 56, “b”). Assim, o Brasil, *prima facie*, exerce direito soberanos sobre a exploração do pré-sal¹⁶, sendo-lhe ainda reservada *jurisdição* sobre a conservação desses recursos.

Portanto, supõe-se que a soberania permanente reconhece um direito econômico do Estado em dispor livremente de suas riquezas naturais na mesma proporção que impõe uma responsabilidade de sustentabilidade na exploração desses recursos. Com efeito, o conceito de desenvolvimento sustentável é um elemento vital para a soberania permanente (assim como o princípio intergeracional e a responsabilidade de longa duração), sendo essencial para guiar os instrumentos internacionais de conservação ambiental, bem como aqueles em nível local.

Dispostas as linhas introdutórias, resta cristalina a proposta de delimitação do tema e a perspectiva do presente estudo, que é o de estabelecer um elemento de conexão entre a execução da atividade de extração do pré-sal e a responsabilidade inerente de sustentabilidade resultante do exercício da soberania permanente sobre os recursos

¹⁴ A Resolução 1803 da Assembleia Geral da ONU reconhece uma limitação na noção de soberania relativa.

¹⁵ A Zona Econômica Exclusiva (ZEE) está localizada a 200 milhas marítimas da linha de base (linha de baixa-mar (linha da maré mais baixa) ao largo da costa).

¹⁶ A mineração do leito marinho também é restritiva nesse aspecto. Alexandra Post identifica sete diferentes parâmetros na lavra dos fundos oceânicos: o geológico, tecnológico, econômico, ambiental, histórico, teórico e político In: POST, Alexandra Merle. **Deepsea Mining and the Law of the Sea**. Den Haag: Martinus Nijhoff, 1983, p.48.

naturais. Visando esta finalidade será inicialmente analisada a existência e os parâmetros da compartimentação do direito ambiental internacional (Cap. 2), suas fontes (tratados, costumes e princípios) e sua natureza dogmática.

Em seguida (Cap. 3), serão apresentadas algumas questões gerais sobre o exercício da *soberania permanente*, seu histórico e evolução na ONU, seu *status* de Resolução da Assembleia Geral, abordando sua natureza enquanto costume e *jus cogens*, além de expor os principais direitos e deveres imanes. Ao término desse capítulo será apresentado um panorama do princípio do desenvolvimento sustentável e sua intrínseca relação com a soberania permanente sobre os recursos naturais.

Por último (Cap. 4), será abordada a normatização da exploração do pré-sal brasileiro, identificando-se os principais mecanismos normativos internacionais da tutela ambiental relacionada à exploração de petróleo e gás natural oriundos das plataformas oceânicas. Em seguida, levantados esses principais aspectos como os princípios e normas internacionais correlatas, contrapô-los à legislação nacional, levando-se em consideração o marco regulatório do pré-sal, ainda em construção.

Por fim, mantendo-se o enfoque nos processos de exploração do petróleo na camada do pré-sal, serão analisados alguns dos principais conceitos relativos à construção de uma nova ordem ambiental internacional, de caráter sustentável e intergeracional, fundamentais à proteção da biodiversidade marinha. Esses novos fatores têm levado o direito ambiental a uma nova plasticidade, repensando e aplicando modelos de desenvolvimento que efetivamente considerem as futuras gerações pela preservação dos recursos naturais a longo prazo.¹⁷

O principal método de procedimento adotado na presente dissertação foi o histórico-comparativo, confrontando-se elementos e considerando-se seus atributos para então serem estabelecidas semelhanças e diferenças nas diversas relações. Os dados aqui dispostos partiram da evolução histórica e do desenvolvimento do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais na ONU, MEAs e decisões judiciais em um nível global.

A técnica de pesquisa bibliográfica utilizada foi basicamente a direta – análise de resoluções e relatórios com origem na ONU e seus

¹⁷ MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patrick. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e prática. 3.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 27.

órgãos mais relevantes ao tema – além da pesquisa bibliográfica indireta.

O método empregado foi o dedutivo, cuja premissa maior é a existência já sedimentada do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais no âmbito da ONU. A premissa menor sustenta que o exercício desse princípio pelas nações sugere determinados direitos e responsabilidades, especialmente para a perpetuação dos recursos naturais às futuras gerações. Logo, como conclusão, tem-se o desenvolvimento sustentável como o principal dever inerente ao princípio.

Definição dos termos utilizados:

- (i) *Pré-Sal* – o recurso energético localizado na camada geológica pré-sal, compreendendo genericamente o óleo em sua forma bruta e o gás natural;
- (ii) *Recursos naturais* – para efeitos específicos do presente estudo, o conceito disposto na UNCLOS, Art. 77, IV: (recursos naturais) “consistem nos recursos minerais e recursos não vivos do leito do mar e subsolo em conjunto com os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias, isto é, os organismos que no período de captura estão imóveis no ou sob o fundo do mar ou são incapazes de se mover exceto em constante contato físico com esse leito ou subsolo.”;
- (iii) *Regime autossuficiente* – consequência da fragmentação do direito internacional, formando regimes normativos próprios, com princípios, regras e metodologia bem definidos, porém mantendo na grande área fragmentada suas normas gerais¹⁸;
- (iv) *Obrigação Internacional*: em seu sentido *lato sensu*, compreendendo um sistema de expectativa de conduta e pressão na comunidade internacional em relação a determinados assuntos, podendo ser mais ou menos forte, a

¹⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the expansion and diversification of international law**. Report of the study group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi. Genebra, 2006. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682_add1.pdf.

depender da natureza da matéria e da forma instrumental pactuada;

- (v) *Soberania*: é compreendida como a posição do Estado perante a ordem internacional e sua relação com os demais Estados. Soma de direitos e obrigações que o sistema internacional submete o Estado.
- (vi) *Soberania Permanente*: descreve apenas e tão somente a soma de direitos e obrigações internas e internacionais que tem um Estado em relação aos seus recursos naturais.¹⁹

1.1 OBJETIVOS

1.1.1 Objetivo Geral

Identificar a inserção do conceito de desenvolvimento sustentável na atividade de exploração de petróleo e gás natural no pré-sal, como uma obrigação internacional imaneente ao exercício da soberania permanente das nações sobre seus recursos naturais.

1.1.2 Objetivos Específicos

- (i) Determinar a vigência do direito ambiental internacional no plano externo enquanto um regime autossuficiente;
- (ii) Verificar a natureza, evolução e efetividade da soberania permanente sobre os recursos naturais;
- (iii) Examinar o desenvolvimento sustentável como a principal obrigação do Brasil ao exercer a soberania sobre seus recursos naturais, e em especial na exploração do pré-sal.

¹⁹ PERREZ, Fraz Xavier. **Cooperative Sovereignty**: from independence in the structure of international environmental law. Den Haag: Kluwer Law International, 2000, p. 7

2 DELINEAMENTOS TEÓRICO-CONCEITUAIS DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

2.1 O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL ENQUANTO REGIME AUTOSSUFICIENTE DO DIREITO INTERNACIONAL

2.1.1 O fenômeno da fragmentação do direito internacional

Os dias atuais são marcados por um alto grau de especialização. Em todas as áreas, para tudo o que o ser humano necessita, há sempre alguém ou algo específico a recorrer. Quando se depara com algum problema de saúde, busca-se o especialista. Se o bebê da família apresenta dores no ouvido, ele é naturalmente levado ao pediatra otorrino. Nada mais lógico, afinal esse profissional concentrou anos de estudos na busca de conhecimento naquela determinada especialidade.

Assim como no exemplo, o direito internacional geral, da forma como tem se desenvolvido, possui uma tendência natural de ação em regimes especiais compartimentados, sistematizando as diversas áreas vitais aos Estados soberanos e a comunidade internacional como um todo. Trata-se de um fenômeno que não foi pensado, organizado, debatido ou mesmo planejado: ocorreu de forma natural²⁰ e ainda dá sinais de que se perpetuará no tempo.

A emergência de esferas especializadas internacionais em áreas como os direitos humanos, a proteção ambiental, o direito marítimo, a liberalização do comércio e investimentos, que são relativamente autônomas em estrutura e ação, têm revelado algumas posições contrastantes de estudiosos. Para os opositores desse fenômeno, a crítica recorrente é a de que o direito internacional estaria em um avançado

²⁰ *The period of confidence, 1870–1914: fragmentation was the prologue to unity: from the mid-nineteenth century until the outbreak of the First World War, the discipline evolved in an atmosphere of confidence and innovation. International lawyers did not hesitate to claim that ‘considerable progress has been accomplished in international law’ and that ‘never before has human solidarity been so well understood’.[...]The preponderance of specialized rules was a temporary and even fortunate stage that would, in due course, generate international law’s universality. In this context the specialization of legal rules was seen as a positive and desirable phenomenon that would eventually lead to their universality.’” In: MARTINEAU, Anne-Charlotte. The Rhetoric of Fragmentation: Fear and faith in international law. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v.22, pp. 1–28, 2009, p. 10.*

estágio de esvaziamento, sendo que tal aspecto poderia refletir em falta de segurança jurídica e distanciamento dos preceitos originais do próprio direito internacional geral²¹. O direito internacional, nas palavras de Leathley, seria uma “vítima de seu próprio sucesso”²². O jurista defende uma hierarquização absoluta e a instituição de uma “Corte Internacional”, visando “centralizar” a jurisprudência e coibir o surgimento de novos tribunais internacionais especializados²³. Assim, segundo sustenta, a fragmentação do direito internacional viria a enfraquecer e, finalmente, ser extinta²⁴.

Entretanto, é notória a existência de uma variável imprescindível a ser considerada, que é a intensificação da atividade internacional devido ao constante processo de globalização. Essa nova fase da sociedade internacional, da política, da economia e das relações interpessoais e interestatais, reflete em necessidades específicas de normatização e gerenciamento dessas inter-relações, justamente pela diversificação do objeto ou da própria atividade internacional.

Voltando-se ao exemplo inicial, é inegável a função primordial do clínico-geral. Sua existência e importância não podem ser simplesmente ignoradas pelo enfermo. O generalista tem a capacidade de conectar vários elementos estruturais que compõem a medicina e, se por qualquer hipótese não for descoberto o problema levado à atenção

²¹ Koskeniemi e Leino estabelecem que alguns argumentos dos críticos à fragmentação, tais como “a perda de controle geral”, “a falta de um plano geral”, um direito “fragmentado e sem gerenciamento” resultam da “ansiedade pós-moderna”, surgida pelas incertezas, conflitos e paradoxos da globalização. In: KOSKENIEMI, Martii; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law: postmodern anxieties? **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 15, pp. 553-579, 2002, p.556.

²² LEATHLEY, Christian. An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: has the ILC missed an opportunity? **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 40, pp. 259-306, 2008, p.263.

²³ Cesare Romano sustenta que o surgimento desses Tribunais é resultado de um processo de investidura dos Estados soberanos a organizações internacionais, para que então estas possam criar seus próprios padrões legais internacionais. Argumenta ainda que o poder de interpretação e aplicação que se segue trata-se de um processo absolutamente natural. In: ROMANO, Cesare. The Proliferation Of International Judicial Bodies: the pieces of the puzzle. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 31, pp. 709-751, 1999, p.728.

²⁴ LEATHLEY, op.cit., p.266-267

dos especialistas, aquele poderá examinar e orientar o doente de acordo com os mais puros preceitos da ciência médica. Pois assim também se vislumbra a fragmentação: especializações pontuais, que facilitam e melhor instruem o propósito da atividade internacional, porém sem desconectar-se totalmente do *corpus juris* sedimentado pelo direito internacional. Ou, como bem anota Pulkowski:

De um lado, novos regimes especiais de direito internacional têm evoluído como uma resposta às insuficiências ou falta de flexibilidade percebidas do sistema geral. Por outro lado, os mesmos regimes que se emanciparam do direito internacional geral permanecem dependentes de seu corpo de normas em vários aspectos, incluindo, como medida de último recurso, a aplicação de obrigações primárias. Em outras palavras, a fragmentação da ordem legal internacional requer uma afirmação simultânea de seus pilares sistêmicos centrais, incluindo o direito internacional²⁵. (tradução nossa)

O tema, porém, está longe de trazer unanimidade. A 54ª Sessão da *International Law Commission* (ILC) da ONU, realizada em 2002, estabeleceu um grupo de estudos (*Study Group*) para realizar um diagnóstico aprofundado sobre o assunto. O Relatório ILC intitulado “*Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*”²⁶, apresentado na 58ª sessão²⁷ quatro anos mais tarde, pode ser considerado como um marco para avaliar-se os efeitos substantivos da fragmentação e a autonomia de cada área fragmentada em relação às demais e ao próprio direito internacional geral.

Dentre os principais tópicos apreciados no relatório, o mais detalhado e aprofundado é o que trata sobre “a função e escopo da regra ‘*lex specialis*’ e ‘regimes autossuficientes’”²⁸. O brocardo “*lex specialis*

²⁵ PULKOWSKI, Dirk; SIMMA, Bruno. Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 17, n. 3, p.483-529, 2006, p.529.

²⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, op. cit.

²⁷ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Quinquagésima quinta sessão**. Genebra, 01 mai. a 9 jun. e 3 jul. a 11 ago. 2006.

²⁸ Tradução livre de “*self-contained regimes*”.

derogat legi generali” é máxima interpretativa e funciona como técnica de solução de conflito normativo. A superveniência de norma identificada com o mesmo objeto, porém tratando sobre o assunto de forma mais específica, deroga o tratado geral justamente por, nas palavras de Vattel: “[...]admitir menos exceções que o geral; ele é ordenado com maior precisão e aparenta ter sido mais incisivamente pretendido”²⁹.

A aplicação da *lex specialis* poderá surgir em duas situações distintas: a superveniência de uma regra particular com efeito de aplicação de uma regra geral, ou uma regra particular modificando, revogando, derogando ou ab-rogando uma regra geral já existente³⁰. A prática dos tratados na área ambiental marítima, *e.g.*, tem sido constantemente orientada pela aplicação da *lex specialis*. As questões ambientais relacionadas à atividade marítima são reguladas a partir da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar – UNCLOS (1982), a qual estabelece amplas normas gerais sobre a proteção ao ambiente marinho. Por sua vez, outras convenções emanadas da *International Maritime Organization* (IMO) tratando *especificamente* sobre questões ambientais marítimas (relacionadas a navios), como a Convenção Internacional sobre Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimento de Navios (*Globalballast*) e a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios (MARPOL) têm precedência sobre a norma geral naquilo em que for mais particular.

Seguindo o mesmo raciocínio, a Corte Internacional de Justiça oportunamente invocou o brocardo em decisão do caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungria v. Eslováquia)³¹. Em julgamento realizado em 1997 a Corte assim se manifestou:

§132. [...] é de suma importância que a Corte decidiu que o Tratado de 1977 ainda está em vigência e, conseqüentemente, rege a relação entre as partes. Esta relação também é determinada por

²⁹ VATTEL, Emmerich de. **Les droit des gens ou principes de la loi naturelle**. Livro II. Philadelphia: T. & J.W.Johnson. Tradução de Joseph Chitty, 1883. Disponível em:

<<http://www.constitution.org/vattel/vattel.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

³⁰ Exceção feita a normas que tenham o status de “*jus cogens*”.

³¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungria v. Eslováquia)**. Merits. The Hague, 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

regras de outras importantes convenções às quais os dois Estados são partes, pelas regras de direito internacional geral e, no caso particular, pelas regras da responsabilidade do Estado; mas é regido, acima de tudo, pelas regras aplicáveis do Tratado de 1977 por ser *lex specialis*³². (grifo e tradução nossa)

A importância do reconhecimento da *International Law Commission* quanto à existência de uma *lex specialis* que derroga *lex generalis* é o próprio fundamento para a legitimação da fragmentação. Significa dizer que uma norma mais específica de direito ambiental terá precedência sobre aquelas normalmente associadas ao direito internacional geral, e que este, ao tratar de assuntos de relevância ambiental, deverá confiar sua aplicação à norma mais especializada reservando o *status* peculiar de um regime próprio, fragmentado e *autossuficiente*.

Uma particular abordagem da ILC sobre “regimes autossuficientes” é outra importante questão trazida no bojo do relatório sobre a fragmentação. A conclusão dos membros da Comissão foi no sentido de que é irrefutável a emergência de novos tipos de direitos especializados que tenham como objetivo principal responder à “*crescente preocupação sobre o estado do ambiente em um nível internacional*”, de forma técnica e fundada em requisitos funcionais³³.

A partir do momento em que reconhece a existência de regimes especializados a ILC apenas reafirma uma realidade, que é a atuação de determinadas áreas já fragmentadas oriundas do direito internacional geral, com objeto (específico) já definido, direitos e obrigações próprias, com área delimitada, e cujo aspecto principal é sua aplicação seguindo-

³² Entretanto, a Corte Internacional de Justiça preferiu seguir um atalho ao decidir o caso baseando-se na Convenção sobre a Lei do Uso Não Relacionado com a Navegação dos Cursos de Água Internacionais (1997) como lei costumeira. O detalhe é que a Convenção havia sido adotada cerca de quatro meses antes, não havia signatários à época e sua entrada em vigor estava ainda muito distante. Na decisão do caso em setembro de 1997 a prática reiterada e a *opinio juris* (requisitos elementares conforme já analisado), eram de certa forma “*precários a ponto de servirem de fundamento para aplicação de um moderno direito costumeiro aquaviário*”. In: BENVENISTI, Eyal. **Sharing Transboundary Resources: International Law and optimal resource use**. Cambridge: Cambridge, 2002, p.202.

³³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, op. cit., p.12

se os objetivos e propostas peculiares pertencentes unicamente a esse regime.

Embora o grupo de estudo da ILC não tenha abordado especificamente os desafios que o direito ambiental internacional em uma era de direitos especializados e relativamente autônomos, reconheceu que o direito ambiental internacional surgiu em resposta à preocupação crescente sobre o estado do ambiente internacional³⁴. Portanto, pode ser dito que houve uma fragmentação do direito internacional em virtude da especificidade de uma área subjacente e que já possui elementos suficientes para seguir seu próprio rumo.

Está mais do que claro que o direito ambiental internacional se enquadra perfeitamente nessa concepção, pois todos os indicativos de um único objeto e uma proposta homogênea o qualificam como um “regime autossuficiente”³⁵. O que se percebe é que o direito internacional geral deverá voltar suas atenções para áreas de interesse particular (como o é o direito ambiental internacional), estabelecendo-se outros tantos regimes quanto necessários, um processo que definitivamente ocorrerá de forma natural e não surpreendente³⁶.

2.1.2 A formação do direito ambiental internacional

O direito ambiental internacional é considerado como uma emergente área autônoma do direito internacional geral, sendo um dos mais novos e mais relevantes campos de discussão do direito na atualidade.

Paradoxalmente, o direito ambiental internacional teve sua origem com a aplicação primária de princípios derivados da soberania estatal mais do que propriamente das necessidades de caráter ambiental³⁷. Os famosos casos da fundição de Trail (*Trail Smelter*

³⁴ STEPHANS, Tim. **International Courts and Environmental protection**. Cambridge: Cambridge, 2009, p. 307.

³⁵ “*International Environmental Law has developed through the setting up of separate treaty regimes, with a consequent normative and institutional fragmentation.*” PITEA, Cesare. Multiplication and Overlap of Non-Compliance Procedures and Mechanisms: towards better coordination? In: TREVES, Tullio et al. **Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements**. The Hague: T.M.C.Asser, 2009, p. 439.

³⁶ PULKOWSKI; SIMMA, op. cit., p. 504

³⁷ BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen (Ed.). **The oxford handbook of international environmental law**. Oxford: Oxford, 2010, p.4.

Case)³⁸, em que Estados Unidos e Canadá se submeteram a uma arbitragem internacional para discutirem efeitos da poluição transfronteiriça emanada daquele estabelecimento (Trail), e o já referido *Gabčíkovo – Nagymaros Case*³⁹ demonstram esse caráter intrínseco existente entre soberania e ambiente.

A análise do contexto atual de tratados, costumes e princípios que versam sobre matéria ambiental sugere que o direito ambiental internacional tornou-se um campo distinto e compartimentado, com seus problemas e soluções próprios, com regras e princípios particulares, características e processos, conceitos e metodologias que o identificam perante as demais áreas do direito internacional⁴⁰.

Sobre a solidificação do direito ambiental internacional, Kiss ressalta:

o direito costumeiro internacional, princípios gerais de direito e instrumentos normativos têm dado propulsão a um tipo de *common law* do ambiente. Normas e princípios têm emergido e se tornado amplamente aceitas, repetindo-se com consistência em tratados e leis nacionais. Novas normas e princípios estão em processo de formação levando o direito ambiental internacional a encontrar novos desafios.⁴¹

Essa contextualização apresenta uma drástica evolução se comparada a opiniões de grandes estudiosos no passado, que mesmo chegaram a definir o direito ambiental internacional como sendo nada mais do que a aplicação do direito internacional aos problemas

³⁸ O *Trail Smelter Arbitration Case (Estados Unidos v. Canadá)*, de 1938. Foi um litígio envolvendo a canadense Fundação Trail e resultou no reconhecimento da responsabilidade do Canadá em poluir além da fronteira com os Estados Unidos. A decisão do tribunal arbitral foi no sentido de reconhecer a violação de soberania imposta pelo Canadá resultando em compensação aos Estados Unidos, além de um regime permanente de emissão de dióxido de enxofre de fundição para prevenção de futuros danos.

³⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, op.cit.

⁴⁰ BODANSKY; BRUNNÉE; HEY, op.cit., p.5

⁴¹ KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **International Environmental Law**. 3.ed. Ardsley: Transnational Publishers, 2004, p. 175.

ambientais⁴². Contudo, conforme visto no item anterior, as características do direito ambiental internacional vão além dessa concepção simplista e hoje demonstram claramente o estabelecimento sedimentado de um regime autossuficiente.

Porém, considerando as atuais fontes e conceitos de direito internacional e o grande número de organizações institucionais e não-governamentais envolvidas, emerge um identificável regime regulatório específico ambiental que pode finalmente ser considerado como *direito ambiental internacional*⁴³. A preocupação ambiental em um nível institucional, no entanto, pode ser considerada como tardia. A Carta da ONU (1945) não menciona expressamente a proteção ambiental dentre aqueles princípios básicos que inicialmente foram considerados como primordiais pela organização de nações que se formara.

Para se ter uma ideia do caráter secundário do tema na ordem mundial, a criação de um organismo dedicado a assuntos ambientais no seio da ONU se deu apenas na década de 70, com a instituição do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)⁴⁴ pela Assembleia Geral. Desde então o Programa tem tido especial relevância como fórum de debate e estudos sobre o ambiente e sua inter-relação com os Estados, além de funcionar como órgão sob o qual diversos acordos multilaterais tomaram a forma que hoje conhecemos.

A curva ascendente de preocupações relativas ao ambiente é mais nítida a partir do final dos anos 60 e início dos 70, período em que se verifica uma maior inserção do tema em acordos internacionais. Até então os tratados internacionais continham majoritariamente ajustes de conduta e previsões sobre conservação de estoques de peixes⁴⁵ e baleias, porém sem qualquer propósito ecocêntrico. A Convenção Internacional para a Regulação de Caça à Baleia (1946) é um desses exemplos: “a

⁴² BROWNLIE, Ian. Prefácio do editor. In: SMITH, Barry D. **State Responsibility and the Marine Environment**: the rules of decision. Oxford: Clarendon, 1988.

⁴³ BIRNIE, Patrícia. International Environmental Law: adequacy for present and future needs. In: HURRELL, Andrew; KINGSBURY, Benedict (Ed.). **The international politics of the environment**. New York: Oxford, 1992, p.83.

⁴⁴ Primeira proposta para estabelecimento em 1974, através de projeto apresentado pela Espanha como parte da Convenção para a Proteção do Mar Mediterrâneo contra a Poluição.

⁴⁵ Convenção sobre a Pesca e Conservação de Recursos Vivos do Alto-mar (1958).

*principal preocupação do tratado foi de natureza econômica, para prevenir o over-fishing e otimizar a caça*⁴⁶.

No início da década de 70 houve a segunda fase de desenvolvimento do direito ambiental internacional⁴⁷, porém esta foi, de fato, a primeira grande mudança acentuada de paradigmas na área ambiental (a próxima ocorreria 20 anos mais tarde). Esses dois eventos de extrema importância para o desenvolvimento conceitual da proteção ao ambiente com reflexos diretos no direito ambiental internacional foram a Conferência das Nações Unidas sobre o Homem e o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972) e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio, 1992).

Sands já teve a oportunidade de resumir os efeitos da Declaração de Estocolmo:

A Conferência de Estocolmo preparou terreno para atividades internacionais em um nível global e territorial, e influenciou o desenvolvimento legal e institucional até e após o PNUMA. O desenvolvimento no período foi de dois tipos: aqueles diretamente relacionados a Estocolmo e ações que se seguiram; e aqueles que indiretamente se relacionaram. O período foi marcado a proliferação de organizações ambientais internacionais (incluindo aquelas estabelecidas por tratados) e muitos esforços das instituições já existentes para resolver os problemas ambientais.⁴⁸ (tradução nossa)

A Rio 92, por sua vez, resultou em mais um nível de tratados ambientais – a efetivação da Convenção-Quadro das Nações Unidas para as Mudanças Climáticas (UNFCCC), um fórum permanente de discussões, monitoramento e apresentação de soluções para os

⁴⁶ SCHRIJVER, Nico. **The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status**. Leiden: Brill, 2008, p.103.

⁴⁷ A primeira fase foi marcada pelo surgimento de princípios de direito ambiental internacional em pelo menos duas famosas arbitragens internacionais. A primeira foi a arbitragem sobre a pele da foca do Pacífico, entre Estados Unidos e Reino Unido, com fins de cessar a exploração desmedida desses animais no Mar de Bering (Alasca); a segunda é o famoso caso *Trail Smelter*, já mencionado, versando sobre poluição transfronteiriça (EUA v. Canadá).

⁴⁸ SANDS, Philippe. **Principles of International Law**. 2.ed. Cambridge: Cambridge, 2011, p. 40.

problemas relacionados às mudanças climáticas notórias nas décadas anteriores à Conferência.

Pode mesmo ser dito que houve uma série de novas perspectivas a partir da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, principalmente “*revigorando a matéria pela diversificação e pluralismo*”⁴⁹, e tendo destaque em três principais dimensões: o conceito de responsabilidade comum, mas diferenciada; responsabilidade intergeracional em desenvolvimento sustentável (Relatório da Comissão Brundtland⁵⁰); e a participação maciça de cerca de 1.400 entidades não-governamentais registradas como observadoras, além de 8.000 interessados presentes no fórum global que acontecia em paralelo à Conferência.⁵¹

Uma mudança de valores e no campo das ideias é fortemente identificável desde então, principalmente ao regredir aos remotos acordos de cunho ambiental pactuados no século passado. O que identifica o atual estado do direito ambiental internacional é a profusão de acordos plurilaterais e regionais, Resoluções da Assembleia Geral da ONU específicas sobre o ambiente, a efetivação de agências especializadas e o crescimento em importância de novos atores, como as organizações não-governamentais. Todo esse arcabouço - unido a uma já identificável e definida estrutura -, tem contribuído para o surgimento de um sistema de tratados em matéria ambiental e direção nas tomadas de decisões coletivas.

Uma das hipóteses de alargamento do sistema é, sem dúvida, a interdependência ecológica que inevitavelmente conecta os Estados soberanos em um nível global, regional e local. Wolfrum sustenta que a interdependência ecológica é uma das principais causas de conflito em direito ambiental internacional, e ainda, se somada à *interdependência normativa* dos acordos ambientais, torna-se a razão principal pelo qual “*o direito ambiental internacional é propenso a conflitos, contradições e esforços redobrados.*”⁵². Os problemas ambientais de interesse comum têm sido gradativamente identificados e colocados na agenda internacional visando buscarem-se soluções às situações já agravadas

⁴⁹ SAND, Peter H. The evolution of international environmental law. *In*: BODANSKY; BRUNNÉE; HEY, op. cit., p.41

⁵⁰ ONU. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum**. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

⁵¹ SAND, loc. Cit.

⁵² WOLFRUM, Rüdiger; MATZ, Nele. **Conflicts in International Environmental Law**. Heidelberg: Springer, 2010, p.4.

pela deficiência protetiva. Assim surgiram os acordos sobre as mudanças climáticas e criada a própria UNFCCC, os acordos sobre a proteção da camada de ozônio⁵³ e contra a desertificação⁵⁴, para citar alguns. Contudo, o dinamismo de sensíveis questões ambientais com prejuízos globais possibilita o incremento constante de políticas ambientais internacionais.

Chega a parecer por demais óbvio, porém o desenvolvimento do direito ambiental internacional se deu a partir do momento em que os Estados passaram a perceber que a poluição não reconhece fronteiras e aduanas. O desmatamento, a exploração de recursos e a poluição transfronteiriça não possuem limites político-geográficos. Os problemas ambientais globais são “*tipicamente caracterizados pelo alto grau de incerteza, na qual a definição de fronteiras e a identidade dos atores e seus interesses estão muito além de serem alto-evidentes*”⁵⁵.

Para se chegar a resultados expressivos e à compulsoriedade dessas previsões normativas internacionais, o Estado precisa se adequar no plano doméstico. A matéria não é confinada apenas ao direito internacional público, como também tem reverberação no direito internacional privado e mesmo no direito interno, público e privado, sendo que a eficácia da lei ambiental doméstica tem sido encarada como um grande entrave para o processo de produção das normas relacionadas ao ambiente⁵⁶.

Porém, não basta apenas legislar. É preciso uma normatização coerente e bem articulada já a partir do plano internacional. A profusão de acordos prevendo os mais variados aspectos ambientais tem originado uma legítima preocupação e promovido algum debate entre os estudiosos. Já há, inclusive, a predominância de um “congestionamento de tratados”⁵⁷. Acrescente-se ainda a existência de inúmeras negociações, tratados *inter se*, mecanismos diversos para cada especialidade, secretariados independentes. A subdivisão de temas em

⁵³ Convenção para a Proteção da Camada de Ozônio – Convenção de Viena (1985) e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio (1987).

⁵⁴ Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos Países Afetados por Seca Grave e/ou Desertificação, Particularmente na África (UNCCD), 1994.

⁵⁵ HURREL, Andrew; KINGSBURY, Benedict. Introduction. In: HURREL; KINGSBURY, op. cit., p.13

⁵⁶ SAND, op. cit., p.30

⁵⁷ Expressão de Edith Brown Weiss. In: LEARY, David; PISUPATI, Balakrishna (Ed.). **The future of international environmental law**. Tokyo: United Nations University, 2010, p.7.

virtude da especificidade das matérias concernentes, tais como poluição aérea, terrestre, marítima e atômica, tem levado à própria fragmentação do direito ambiental internacional. Essa discussão, porém, mesmo que precoce, vem unicamente a demonstrar o caos normativo que o direito ambiental internacional tem enfrentado.

Há de se considerar, contudo que o surgimento incessante de vários acordos e documentos em direito ambiental internacional vem demonstrando a solidificação desse sistema denominado *autossuficiente*. Com efeito, o direito ambiental internacional

[...] cresce em resposta a modernos desafios. Uma das áreas onde o direito internacional está desenvolvendo é na extensão de seu âmbito aos indivíduos, comunidades regionais e amplamente na sociedade civil. As repetidas referências ao desenvolvimento sustentável em um grande número de normas internacionais e domésticas, convenções e documentos não-vinculantes é evidência de sua aceitação geral como conceito normativo⁵⁸. (tradução nossa)

Porém é necessário promover uma análise mais detida sobre as contribuições do direito ambiental internacional e sua relação com institutos normativos (legais e principiológicos) próprios, e sua colaboração para a alteração da agenda ambiental e a tutela do ambiente na comunidade internacional de uma forma ainda mais contundente.

2.2 FONTES DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

De uma forma geral as fontes de direito internacional não estão absolutamente codificadas⁵⁹. As fontes primárias de direito internacional estão elencadas em forma de *disposições* contidas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e compreendem: (i) as convenções internacionais; (ii) o costume; (iii) os princípios gerais de direito e (iv)

⁵⁸ VOIGT, Christina. **Sustainable development as a principle of international law**: resolving conflicts between climate measures and WTO law. Leiden: Brill, 2009. pp. 145-146.

⁵⁹ Embora tal codificação estivesse expressamente prevista como uma das missões da Assembleia Geral da ONU, nos termos do art. 13 da Carta. In: RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações Internacionais**. 5 ed. São Paulo: RT, 1997, pp. 36-37.

doutrina e jurisprudência. Embora não guardem qualquer aspecto hierárquico entre si, Brownlie menciona (com irrelevância) que em um dos rascunhos (*draft*) do Estatuto continha a indicação “sucessivamente”, o que poderia denotar alguma intenção primitiva de “hierarquizar” as fontes.

O direito internacional ambiental, enquanto regime autossuficiente, fragmentado, mas eternamente aderido ao direito internacional, também encontra suas fontes no mesmo dispositivo. Embora pareça simples em um primeiro olhar, é comum deparar-se com complexos trabalhos acadêmicos versando sobre a busca incessante do existencialismo de determinadas normas ambientais internacionais. E tais normas, conforme mencionado, podem ter sua origem em tratados, costumes ou princípios gerais do direito.

No âmbito geral as normas provenientes de tratados são as mais comuns no direito internacional, sendo facilmente identificadas, porquanto positivadas. Os tratados que geram leis recíprocas entre os Estados (*law-making treaties*) são responsáveis pela pactuação de ajustes (ou normas gerais de conduta) entre as partes, determinando consequências legais para a sua efetivação e vigência.

Já os costumes são aqui destacados com grande circunspeção dada sua peculiar importância para o direito internacional. A *opinio juris* e a *prática reiterada dos Estados*, componentes primazes formadores do costume, nada mais são do que elementos primários de sedimentação dos princípios e a verificação de que estes se encontram efetivados perante a comunidade internacional.

Por último, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça enumera também como fonte de direito internacional “os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”. No entanto, por ser um conceito extremamente amplo, com dois núcleos básicos que podem ser extensamente interpretados - “princípios gerais” de direito e “reconhecidos pelas nações civilizadas” -, propõe-se o estudo dos princípios puros, uma vez que estes também são considerados espécies de normas⁶⁰, além de possuírem fundamental papel na formação dos tratados e costumes de direito internacional⁶¹.

⁶⁰ A definição clássica de norma considera as regras e princípios como espécies. Ronald Dworkin, a seu turno, ainda adiciona uma terceira dimensão, a política. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Londres: Duckworth, 1977, pp.22-26.

⁶¹ Christina Voigt entende ser o desenvolvimento sustentável um princípio geral do direito já sedimentado. In: VOIGT, op. cit., p.145

2.2.1 Tratados

Os tratados têm adquirido destacada relevância como fonte normativa do direito internacional. Esses acordos internacionais podem ser considerados como expressões das vontades dos sujeitos de direito internacional público e versam sobre normas gerais de conduta a serem adotadas pelos países signatários, com obrigações basicamente comuns entre as partes⁶². Nesse contexto, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, é o principal conjunto normativo que direciona a matéria. A análise do texto final da Convenção permite dizer que são cinco os princípios que regem o direito dos tratados internacionais: o princípio do livre arbítrio, da boa-fé, o *pacta sunt servanda*, o *rebus sic stantibus* e o *favor contractus*.

A eficácia dos tratados e a obrigação de seu cumprimento está sedimentada na Convenção de Viena, especificamente em seu art. 26, o qual prevê que “*tudo tratado em vigor obriga as partes e por elas deve ser cumprido de boa-fé (pacta sunt servanda)*.” Na mesma esteira prossegue o art. 27: “*uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”⁶³.

Especificamente quanto à matéria ambiental, pode-se dizer que os tratados internacionais têm concentrado suas atenções no conceito de desenvolvimento sustentável – com desdobramentos nas mais diversas áreas –, envolvendo prevenção a desmatamentos, poluição aérea, telúrica, marítima, camada de ozônio, mudanças climáticas e investimentos. Contudo, os primeiros tratados em matéria ambiental internacional diziam respeito à preservação de estoques de peixes e cetáceos, demonstrando uma maior preocupação quanto ao caráter econômico em detrimento ao ambiental propriamente dito. Foi apenas com o passar dos anos e com o incremento progressivo dos problemas que passaram a afetar o planeta (buraco na camada de ozônio, mudanças climáticas) que as questões ambientais passaram a ter um tratamento denominado *precaucionista*.

Dentre os principais tratados de direito internacional relativos ao ambiente estão a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, os tratados em matéria ambiental marítima (MARPOL⁶⁴, OILPOL⁶⁵,

⁶² BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6. ed. New York: Oxford University Press, 2003, p.13.

⁶³ Não está se referindo aqui à “denúncia” e sim à alteração unilateral de um tratado.

⁶⁴ *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*.

CLC⁶⁶), Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, Convenção sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos, dentre outros.

De uma forma geral, porém, são as Declarações emanadas de conferências ambientais da ONU que têm acrescentado maior especialidade às normas internacionais de proteção ambiental. Conferências como Estocolmo e Rio de Janeiro foram importantes eventos cujos textos finais compilados em Protocolos e Cartas (pouco importando a nomenclatura) podem ser considerados como normas imediatas no arcabouço jurídico ambiental internacional.

2.2.2 Costumes

2.2.2.1 O direito costumeiro internacional

Ao mencionar as fontes do direito internacional, o artigo 38 do Estatuto da CIJ faz referência ao “costume internacional, como *evidência* de prática geral aceita como lei”. São inúmeras as fontes do costume internacional, variando de acordo com sua relevância e dependendo das circunstâncias em que são invocadas. Para Brownlie, decisões judiciais internacionais, nacionais, correspondência diplomática, a prática de órgãos internacionais, documentos produzidos pela ILC, dentre vários outros documentos, menos e mais complexos, podem ser entendidos como evidência de determinados costumes⁶⁷.

Teoricamente, porém, a formação do costume no direito internacional é calcada na reciprocidade emergente de dois elementos fundamentais: a *prática reiterada* de certas normas entre os Estados soberanos e a *opinio juris sive necessitatis*, ou simplesmente *opinio juris*⁶⁸.

Para a Teoria Convencional⁶⁹, revisitada por Koskenniemi, o costume é formado pela simbiose entre ambos elementos, em que a

⁶⁵ *International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil.*

⁶⁶ *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution.*

⁶⁷ BROWNLIE, op. cit., p.6

⁶⁸ Brownlie ainda adiciona como elementos a duração e a consistência da prática.

⁶⁹ “*Conventional theory attempts to construct a theory of custom between the fully descending (natural law) and the fully ascending (treaty)*”. KOSKENNIEMI, Martii. **From apology to utopia: the structure of international legal argument.** Cambridge: Cambridge, 2009, p.410.

opinio juris é representada pelo elemento psicológico (aspecto interno, que o distingue da simples coerção), enquanto que a *prática reiterada* dos Estados se traduz no elemento material (aspecto externo, o propósito da norma extraída a matriz subjetiva (política) do Estado - que pode ser variável no tempo)⁷⁰.

No que se refere à *opinio juris*, resumidamente poderia se dizer que é o entendimento comum sobre determinado aspecto, ou seja, a avaliação legal homogênea a respeito de um determinado comportamento. Koskenniemi ainda observa que para a Corte Internacional de Justiça não há critério aplicável de forma independente para se verificar a presença da *opinio juris*. Significa dizer que o Tribunal tem deduzido a presença ou ausência desse elemento ao analisar puramente a extensão e intensidade da prática material⁷¹. Portanto, conforme se depreende desse pensamento, a prática material é analisada prioritariamente.

Seguindo essa linha de raciocínio, a Corte Internacional de Justiça tem aceitado a existência de uma *opinio juris* formada apenas na evidência de uma prática reiterada, ou mesmo em um consenso na doutrina. São poucos os casos em que a Corte age com rigor exigindo evidências mais “positivas”⁷². Para a prática reiterada - nunca é demais lembrar -, não há a necessidade de ser uma prática *total* dos Estados em relação à determinada norma, bastando ser recorrente. Assim sendo, parece ser clara a ideia de que a verificação da norma costumeira internacional é circular: o comportamento (prática reiterada) tende a ser uma evidência sobre a intenção do Estado (*opinio juris*). Porém, é justamente baseado na *opinio juris* que ocorre a verificação de qual prática é relevante para ser denominada como costume⁷³.

De uma forma geral, a norma adquire o *status* de costume internacional quando um determinado princípio é invocado por uma maioria de Estados, “*compreendendo ambos desenvolvidos e em desenvolvimento, ou por um grupo regional de Estados, ou mesmo pela comunidade internacional, incluindo a sociedade internacional civil*”⁷⁴. Essa classificação, segundo Dupuy, dependeria de alguns fatores para

⁷⁰ loc.Cit.

⁷¹ KOSKENNIEMI, Martii. **The politics of international law**. Oxford: Hart, 2011, p.56.

⁷² BROWNLIE, op. cit., pp. 8-9

⁷³ KOSKENNIEMI, op. cit., p. 57

⁷⁴ DUPUY, Pierre-Marie. Formation of Customary International Law and General Principles. In: BODANSKI; BRUNNÉE; HEY, op. cit., p. 451.

atingir o *status* de costume, tais como a *forma* que haja sido referido no tratado ou instrumento de *soft law*, a *entrada em vigor*, *decisões judiciais* e outras formas de *práticas estatais*. Dupuy ainda ressalta que a partir desse contexto “o processo de formação do direito costumeiro internacional e o de sua consolidação como uma regra de direito positivo internacional são dois lados de uma mesma moeda”⁷⁵.

O processo de formação do direito costumeiro internacional passa necessariamente pelo *consentimento* dos Estados soberanos que compõem a comunidade internacional. Em virtude da natureza do costume, conforme visto, não há possibilidade de que um determinado Estado soberano seja compelido a acatar certas normas como sendo costumeiras. Nesse sentido:

Os Estados não se tornam sujeitos de obrigações legais internacionais, a menos que tenham antes consentido. Esse consentimento, no entanto, deve advir na forma de um consentimento geral ao processo de direito internacional costumeiro e não como um consentimento específico a regras individualizadas. [...]Ao aceitar algumas regras de direito internacional costumeiro, os Estados estarão necessariamente aceitando regras sobre como essas normas são mantidas, desenvolvidas ou alteradas⁷⁶.

Por depender desse processo de aceitação e de convivência de comportamentos, de incentivo e pressão sócio-econômica internacional, o costume também pode indicar uma perspectiva de *poder*. Byers constata a maior capacidade aos Estados poderosos de influenciarem a formação ou interpretação das normas costumeiras e o domínio de países com maior capacidade de coerção. Porém, a origem do poder no costume internacional pode advir justamente da união dos países menos desenvolvidos, abrindo uma boa oportunidade para que estes venham a assumir o papel de atores com maior destaque e inserção na busca por suas reivindicações. Assim, o espaço mais adequado para o desenvolvimento do costume (viés jurídico e de poder) seria a Assembleia Geral das Nações Unidas. O Art. 2º da Carta das Nações

⁷⁵ loc.Cit.

⁷⁶ BYERS, Michael. Custom, power and the power of rules: customary international law from an interdisciplinary perspective. **Michigan Journal of International Law**, Ann Harbor, v.17, p.109-180, 1995, p.112.

Unidas estabelece o princípio de soberania igualitária entre todas as nações, o que pode ser utilizado para criar uma condição mais justa para que os países não-industrializados sejam ouvidos na comunidade internacional. Portanto, as Resoluções da ONU

são excelentes (senão únicas) oportunidades para os países em desenvolvimento agirem de forma equânime no cenário internacional. Portanto, as Resoluções da ONU e Declarações firmadas pelos Estados devem ser consideradas como **prática reiterada** destes no processo de formação do direito internacional costumeiro⁷⁷.
(grifo e tradução nossa)

A questão de Resoluções serem ou não a confirmação de uma prática reiterada dos Estados residirá no fato destas Resoluções virem a tratar ou não de normas de direito internacional geral, cuja aceitação pela maioria indicará uma *evidência* de que tais regras são perfeitamente aceitas pelos Estados. E ainda, quando dispostas em *princípios gerais*, colaboram pelo desenvolvimento do direito e da consolidação do direito costumeiro internacional⁷⁸.

Conforme pode se deduzir, uma vez aprovadas as Resoluções no âmbito da Assembleia Geral estar-se-ia na verdade revestindo-as da materialidade característica da prática reiterada dos Estados, implementando um requisito específico (ou inicial, conforme já referido) para a caracterização de um costume de direito internacional.

Embora cada Resolução e Declaração deva ser analisada na sua conveniente natureza e particularidade, existem outros documentos internacionais que podem ter as mesmas características de costume, tais como os *resultados de conferências internacionais* entre Estados soberanos, os quais Brownlie sustenta também portarem a alcunha de norma costumeira:

O “Ato Final” ou outra manifestação de conclusão de uma conferência de Estados pode ser uma forma de tratado multilateral, porém, mesmo que seja um instrumento registrando decisões não aceitas unanimemente, o resultado deve constituir

⁷⁷ BYERS, op.cit., p.126

⁷⁸ BROWNLIE, op.cit., p.15

evidência cogente sobre o estado de costume do assunto concernente⁷⁹. (tradução nossa)

É evidente que não há unanimidade quanto à natureza costumeira de Resoluções e mesmo de Declarações aprovadas no âmbito das Nações Unidas. As discussões versando sobre *opinio juris* e prática reiterada, conforme já salientado, serão sempre paradoxais tendo em vista a conexão cíclica entre ambos os elementos. Porém, um fator que não pode ser ignorado é o resultado pretendido pela emissão dessas normas, sejam estes aflorados momentaneamente ou em um futuro próximo. Indo além, não há de ser desprezada a mobilização dos Estados em trazer reivindicações para debate na ONU e a enorme articulação para aprová-las, pois elas também fazem parte do sistema de pressões e compensações próprio da comunidade internacional.

2.2.2.2 O direito ambiental costumeiro internacional

No sistema jurídico internacional há uma visualização mais clara das normas de direito ambiental internacional quando estas são oriundas diretamente de tratados ou MEAs. Realmente, esta tem sido a forma mais eficaz de discutir, compreender e expressar a preocupação da comunidade internacional em se tratando de proteção do ambiente. Entretanto, há a possibilidade de que os próprios tratados possam prever evidências da formação de costumes⁸⁰. Bodanski afirma que a capilarização do direito ambiental internacional em forma de diversos tratados poderia enfraquecer o costume, porém este mesmo assim se manteria como fonte:

“a crescente importância dos tratados sugere a diminuição do papel do direito ambiental costumeiro internacional. Não obstante, muitos escritores ainda consideram o costume uma importante fonte de direito ambiental internacional.⁸¹ (tradução nossa)

⁷⁹ BROWNLIE, op.cit., p.15

⁸⁰ Ibid., p.5

⁸¹ BODANSKI, Daniel. Customary (And Not So Customary) International Environmental Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Indianapolis, 1995, v.3. pp. 105-119. p.106.

Observa-se um movimento contínuo e um comportamento prospectivo dos Estados em implementar os acordos internacionais ambientais, tendo em vista a profusão desses instrumentos no decorrer das últimas décadas. Também é fato que essa normatização tem sido alvo de críticas devido à falta de uma aparente hegemonia no processo de discussão, aprovação e prática. Porém, por mais que os instrumentos ainda sejam heterogêneos, todos tratam reiteradamente sobre um mesmo viés, sendo evidente e reconhecível um ponto de convergência: a proteção ambiental.

A proteção ambiental pode ser considerada como o mais importante aspecto de direito ambiental internacional costumeiro, uma vez que tem sido objeto de inúmeros tratados multilaterais e regionais que regulam diretamente ou indiretamente o tema ambiental, além de instruir paradigmáticas decisões de tribunais internacionais, Resoluções da ONU e ações próprias da sociedade internacional.

Não se pretende defender um ponto de vista de que exatamente tudo em se tratando de proteção ambiental possa ser qualificado como costume. Porém, os diversos instrumentos internacionais que versam sobre o assunto apresentam um condão que pode ser facilmente identificado, ou seja, quase sempre sugerindo uma orientação de precaução ou desenvolvimento sustentável. Esses pontos de convergência, conforme dito, podem ser indicadores de um costume.

No entanto, talvez o exemplo mais comum de costume seja o da obrigação dos Estados em prevenir a poluição transfronteiriça. Esta é considerada como uma das normas mais estáveis em se tratando de direito ambiental costumeiro internacional⁸².

Das fontes de direito internacional enumeradas pelo art. 38 do Estatuto da CIJ, “*é em particular no direito costumeiro e princípios gerais de direito que mais provavelmente capturam o significado normativo do desenvolvimento sustentável*”⁸³. Aliás, em se tratando de direito ambiental internacional, dois desses princípios têm sido constantemente debatidos e geralmente representados nos acordos internacionais: o princípio da precaução e o princípio do desenvolvimento sustentável.

Bosselmann destaca que o princípio do desenvolvimento sustentável fornece uma importante orientação para a operacionalização

⁸² Ibid., p.112

⁸³ VOIGT, op. cit., p.145

do conceito de sustentabilidade⁸⁴, com características normativas suficientemente robustas e que justificam sua classificação como um princípio fundamental de direito⁸⁵. O desenvolvimento sustentável, conforme destacado, é conceito marcante na construção do sistema normativo próprio (autossuficiente) do direito ambiental internacional. Sobre essa relação princípio-sistema, Voigt leciona:

O direito internacional enquanto sistema normativo não é estático. Ele envolve e cresce em resposta a modernos desafios. Uma das áreas onde o direito internacional está desenvolvendo é na extensão de seu âmbito aos indivíduos, comunidades regionais e amplamente na sociedade civil. As repetidas referências ao desenvolvimento sustentável em um grande número de normas internacionais e domésticas, convenções e documentos não-vinculantes é evidência de sua aceitação geral como conceito normativo⁸⁶. (tradução nossa)

Nota-se, entretanto, que alguns princípios têm sido alçados ao destaque, tanto por defensores quanto por opositores da teorização do direito ambiental internacional fundado em costumes. No âmbito da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, há o famoso voto em separado do juiz Weeramantry, que na decisão do caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, sustentou ter o desenvolvimento sustentável natureza de um princípio de direito costumeiro⁸⁷.

Outro dos exemplos mais recorrentes é a discussão envolvendo o *princípio da precaução* em matéria ambiental internacional. A Corte Internacional de Justiça, em julgamento do *leading case* conhecido como *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*⁸⁸,

⁸⁴ BOSSELMANN, Klaus. **The Principle of Sustainability**: transforming law and governance. Hampshire: Ashgate, 2008, p. 53.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 57

⁸⁶ VOIGT, *op. cit.*, p.145

⁸⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *op. cit.*, p.8. Acesso em: 20 fev. 2012.

⁸⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)**. Merits. The Hage, 1974. Disponível em: <www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=317&code=nzf&p1=3&p2=3&case=59&k=6b&p3=5> Acesso em: 20 jan. 2012.

também decidiu a matéria baseando-se no costume. O voto dissidente do Juiz Palmer, por exemplo, refletiu a construção de um novo posicionamento que infere ao princípio da precaução o *status* de norma costumeira internacional. Ao entender que o princípio da precaução e uma avaliação ambiental preliminar deveriam ser adotados anteriormente a atividades de risco ambiental, o juiz Palmer faz referência a uma regra de direito costumeiro (e não proveniente de tratados). Benvenisti chega a argumentar que, sob certas condições, a Corte tem autoridade para criar uma nova lei e ainda “inventar um costume”⁸⁹.

No *Southern Bluefin Tuna Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*⁹⁰, levado a julgamento no Tribunal Internacional sobre Direito do Mar (ITLOS), nota-se que a decisão foi no sentido de também considerar o princípio da precaução como um *costume internacional*, pela justificativa de que este princípio fora contundentemente incorporado em uma série de instrumentos multilaterais versando sobre gerenciamento e conservação marinha nas últimas décadas⁹¹. Nesse sentido:

[...]tendo em vista práticas reiteradas de Estados e *opinio juris*, existem bons fundamentos para argumentar que a abordagem da precaução, em relação aos recursos marinhos vivos, tem desenvolvido de uma norma em evolução para uma norma já estabelecida de direito costumeiro internacional⁹². (tradução nossa)

A abordagem realizada pelo ITLOS não merece qualquer reparo. Se um determinado princípio exsurge em vários tratados internacionais (não necessariamente em todos) e tem sido gradativamente incorporado em outros documentos originados nos mais diversos órgãos da ONU (e.g. IMO, UNFCCC) e se há uma predominância já sedimentada desse

⁸⁹ BENVENISTI, op. cit., p.203

⁹⁰ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)**. Merits. Hamburg, 1999. Disponível em:

< <http://www.itlos.org/index.php?id=62#c594>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

⁹¹ MARR, Simon. The southern bluefin tuna cases: the precautionary approach and conservation and management of fish resources. **European Journal of International Law**, Florença, v. 11, n. 4, pp.815-831, 2000, p.824.

⁹² Ibid., p.827

princípio no nível interno dos Estados, torna-se evidente: onde o princípio ainda não se encontra positivado, poderá mesmo assim ser aplicado com base no costume internacional.

No âmbito da ONU já existem princípios ambientais internacionais que são revestidos com o status de “*jus cogens*”⁹³. O princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais⁹⁴ foi relevado a *jus cogens* pelo próprio direito costumeiro internacional, após aparições na Declaração de Estocolmo de 1972 e seguidamente em Resoluções⁹⁵ da Assembleia Geral da ONU.

Entretanto, as mais destacadas fontes de direito costumeiro internacional, conforme amplamente debatido no subitem anterior, são as Resoluções da ONU. A forma para aprovação das Resoluções, contando com a participação direta de representantes de praticamente todos os Estados soberanos, é o que reveste de uma ímpar legitimidade os resultados da Assembleia Geral.

Especificamente versando sobre matéria ambiental internacional, podem ser encontrados os seguintes exemplos de Resoluções: Resolução estabelecendo uma abordagem equilibrada e integrada das questões relativas a meio ambiente e desenvolvimento – “Agenda 21” (Res. 44/228, de 1989); disposições institucionais e financeiras sobre a cooperação internacional em matéria de meio ambiente (Res. 2997, de 1972); arranjos institucionais para o acompanhamento da conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e o desenvolvimento (Res. 47/191, de 1992); aprovação do projeto de princípios referentes à conduta dos Estados na conservação e na utilização de recursos naturais compartilhados por dois ou mais Estados – PNUMA (res. 34/186, 1975), dentre outras. Contabilize-se a esta lista aquelas Resoluções adotadas pelas Conferências, Cúpulas e reuniões oficiais das Nações Unidas e que também necessariamente passam pelo crivo da Assembleia Geral.

Ainda em relação às Nações Unidas, o aperfeiçoamento de seus órgãos especializados (PNUMA e UNFCCC), de reconhecida articulação nos acordos multilaterais em matéria ambiental, vem a colaborar sobremaneira com o desenvolvimento do costume na comunidade internacional. Por último, pode destaca-se novamente a atuação marcante de novos atores nas relações internacionais, como as Organizações Não-Governamentais, que reconhecidamente têm

⁹³ Ver item 3.2.2.

⁹⁴ BROWNLIE, op. cit., p. 511

⁹⁵ Principalmente (porém não exclusivamente) nas Resoluções n. 1803 e 3326 ONU.

influenciado para a formação de uma *opinio juris* juntamente aos Estados soberanos.

O que faltaria então para o reconhecimento definitivo de um “aparente” costume ambiental internacional que já se encontra arraigado na sociedade internacional? A resposta mais propícia seria, em primeiro lugar, a *percepção* de que tal sistema já vige e, em segundo, uma *padronização* (não necessariamente uma codificação) para deixá-lo ainda mais transparente. Assim,

“o costume fornece significados limitados de engenharia social, e, portanto, existe uma necessidade particular ao desenvolvimento de novas instituições, padrões e regimes próprios para tratar sobre a proteção do ambiente”⁹⁶.
(tradução nossa)

Essa padronização é de fato deficitária no direito ambiental internacional. Porém, Põe ser constatado que a partir da organização estrutural do costume internacional na área ambiental, as regras que estabelecem competências e responsabilidades poderiam, em tese, preparar o terreno para o aguardado desenvolvimento definitivo do direito ambiental internacional. A propósito, não é por acaso que as maiores críticas à condição normativa do direito ambiental internacional resumem-se ao fato de que este herdou a “fraqueza” do direito internacional costumeiro, em que as normas são “apenas” verbais, calcadas majoritariamente em mera declaração de Estados ao invés de um comprometimento expresso. A crítica ainda sustenta que internamente a prática estatal de um costume ambiental internacional é considerada fraca e inconsistente e que no âmbito externo ainda não se viu prática robusta de forma a efetivamente confirmar-se como costume. Dupuy, por exemplo, considera que a falta de enfrentamento direto da matéria pelos tribunais internacionais em identificar e colocar em prática esse conjunto de princípios e políticas versando sobre proteção ambiental, ainda prejudicaria a condição normativa desses elementos, perdendo-se uma boa oportunidade de transformar “meras” declarações em ações. O jurista chega a defender a ideia de que a comunidade

⁹⁶ BROWNLIE, Ian. A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection. **Natural Resources Journal**. Albuquerque, v.13. pp. 179 – 189, 1973, p.179.

internacional necessitaria de um eficiente processo legislativo de modo a orientar as ações⁹⁷.

A ideia de Dupuy, por mais utópica e improvável que pareça, infelizmente corrobora com a linha de pensamento de muitos teóricos do direito internacional. Esses críticos têm veementemente negado o costume como norma do direito ambiental internacional por eventualmente não ostentar o caráter compulsório a outros Estados dentro do sistema de sanções da comunidade internacional. A alternativa seria, entre outras ideias, a incansável busca pela codificação, o “feito Oppenheim” no direito ambiental internacional.

Entretanto, diante de todo o imenso aparato normativo ambiental internacional extraído de robustos tratados, acordos, declarações, princípios, resoluções, *opinio juris* e práticas reiteradas dos Estados, verifica-se que o direito ambiental internacional tem tomado vulto, embora não homogeneamente, partindo-se também de uma teoria de direito internacional baseada no costume.

2.2.3 Princípios

Segundo Rothenburg, os princípios devem ser compreendidos tomando-se como base uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico, reportando-se “a um conjunto concatenado, enquanto mandamentos nucleares, base ou fundamento, traves mestras jurídico-constitucionais”⁹⁸. Portanto, os princípios serão tratados como a forma nuclear de um sistema, definindo “a lógica e racionalidade do sistema normativo”⁹⁹.

Os princípios elementares do direito internacional e do direito ambiental internacional que compõem o *hardcore* do *princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais*, tema central do presente estudo, serão adiante enumerados. A análise dos princípios será feita a partir dos *gerais* (internacionais de direito público) mais orientados ao PSPSRN alcançando-se os *específicos* (de direito ambiental internacional), reiterando a premissa de que, embora um regime autossuficiente, ambas as áreas, internacional e ambiental, mantém uma estrita convergência deontológica.

⁹⁷ DUPUYS, op. cit., p.464

⁹⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p.51.

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.817.

2.2.3.1 Princípios Gerais de Direito Internacional Geral inspiradores do Direito Ambiental Internacional

Princípio da igualdade soberana

O conceito de soberania não é um conceito histórico ou jurídico. Diante da sua inexistência, a soberania é tratada como um conceito ambíguo, de difícil definição. A utilização do termo começa com Bodin e seus Seis Livros da República (1576), no qual tenta demonstrar o caráter absoluto da soberania, identificado pelo poder de fazer leis (ou *commands* – na expressão de Thomas Hobbes), e pela afirmação de que o soberano pode ser o rei e o povo¹⁰⁰. Para os antigos Estados a noção de independência e supremacia do poder apresentava um significado de continuamente lutar pela preservação de sua existência e extensão de seu domínio.

A soberania sob uma ótica diversa é encontrada na obra de Grotius - *De Jure Belli ac Pacis* (1625) -, onde o jurista holandês originalmente estabeleceu dois conceitos de soberania, sendo um interno e outro externo. O conceito externo – ainda muito próximo ao conceito medieval -, sustentava que a soberania se impunha de maneira absoluta e unitária. Já o conceito interno, em contrapartida, foi de extrema profundidade ao prever, já à época, que a soberania permitiria a formação da unidade política e proveria segurança para as instituições estatais e civis. Um dos grandes avanços trazidos por Grotius foi a consideração dos direitos naturais dos homens (em contrapartida ao soberano), o que havia sido ignorado pelo pensamento no feudalismo.

Nos séculos XVIII e XIX a origem da soberania foi a razão de grandes obras eternizadas por filósofos e juristas, como Montesquieu, que defendia a ideia de delegação de poder pelo povo e a necessidade de separar os atributos do poder do Estado; Kant, para quem o Estado podia ser concebido como um fator fundamental de progresso e que poderia ser o fomentador de sua própria reforma; Hegel, e o Estado como o principal instrumento para alcançar-se altos níveis de liberdade; e Feuerbach, com a negação da origem divina do poder do Estado monárquico, relegando a existência do Estado à livre vontade e escolha dos indivíduos.

¹⁰⁰ BODIN, Jean. **Six Books of The Commonwealth**. Oxford: Alden Press, 2003, p.42. Traduzido por M.J. Tooley. Disponível em: <http://www.constitution.org/liberlib.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

Contemporaneamente, a soberania tem sido utilizada com diferentes significados¹⁰¹, sendo que o enfoque principal calca-se majoritariamente em dois deles: a soberania interna - cujos expoentes foram o próprio Jean Bodin e Thomas Hobbes -, e a soberania *Westphaliana* – ou *Vatteliana*, cujo precusores foram Vattel e Wolff. A soberania interna – ou “doméstica” -, faz referência primordialmente a estruturas de autoridade (decisão) internas e a “*habilidade dessas estruturas em efetivamente regular comportamentos*”¹⁰². Por sua vez, a soberania *Westphaliana*¹⁰³ tem como referência a regra geral de não-intervenção estatal em assuntos particulares de outras nações, assim como também a “exclusão de fontes externas de autoridade, ambas *de jure et de facto*. Dentre suas próprias fronteiras, o Estado tem o monopólio sobre a autoridade de tomar suas próprias decisões”¹⁰⁴.

Invariavelmente, os Estados exercitam sua soberania para tratar de seus assuntos internos, cuja validade pode ser oposta perante as demais nações. Porém fica evidente que essa condição não pode simplesmente ser extrapolada unilateralmente, afinal existem regras de conduta e convivência entre os Estados soberanos e que são disciplinadas no plano internacional por meio de tratados, costumes e dos próprios princípios norteadores do direito internacional.

Princípio da não-intervenção

A não-intervenção também pode ser considerada como complementar (porém independente) ao princípio da igualdade soberana. Em sua história, o direito internacional foi (e ainda é) dominado pela oposição entre a necessidade das boas relações interestatais, que levam os Estados a aceitarem regras de direito, cuja função é rever a sua conduta recíproca. A não-intervenção ainda traduz-

¹⁰¹ As quatro principais classificações são: soberania interdependente, soberania doméstica, soberania *Westphaliana* ou *Vatteliana* e soberania legal internacional.

¹⁰² KRASNER, Stephen. *Abiding Sovereignty*. **International Political Science Review**, Thousand Oaks, v. 22, n. 3, pp.229-251, July, 2001, p. 231.

¹⁰³ Os Tratados de Paz da Vestfália, que marcaram o fim da Guerra dos 30 Anos (1648), consolidaram a existência de um novo tipo de Estado denominado Estado Moderno, cuja característica principal é a soberania. Além da soberania ficaram consagrados o princípio da liberdade religiosa e o princípio da igualdade entre os Estados.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.232

se na garantia da soberania que leva a comunidade internacional a reconhecer o caráter exclusivo daquilo que convencionou chamar-se “a competência nacional”. Foi precisamente a esta última que o direito internacional durante muito tempo ligou tudo o que diz respeito à sorte dos indivíduos (sujeitos do direito interno), inteiramente submetidos ao seu governo e protegidos pelas instâncias judiciárias, sociais ou políticas internas.

Porém, nas últimas décadas, as constantes violações a direitos humanos, aí incluídos o genocídio, limpeza étnica, crimes de guerra e crimes contra a humanidade já são compreendidos como ações marginais ao poder soberano¹⁰⁵, ou seja, passíveis de intervenção da comunidade internacional.

A forma mais comum de exceção ao princípio da não-intervenção é a denominada intervenção humanitária, onde basicamente os detentores de poder no Conselho de Segurança da ONU, em nome da ordem moral da comunidade internacional, relegam a soberania de um determinado Estado a um segundo plano para então intervir em nomes das vítimas, nacionais do país que sofre intervenção. A propósito do tema, Bettati acrescenta:

Diferente é a ação humanitária, muito mais recente, que se desdobra de forma material e implica a presença corpórea de estrangeiros no território, junto das populações afetadas. Esta presença é um alerta ao soberano devido a capacidade de testemunhar a situação e ainda com vocação para tratar, salvar ou restabelecer potenciais oponentes, ou simplesmente substituir o soberano por autoridades locais, numa função eminentemente social.”¹⁰⁶ (tradução nossa)

Em termos gerais, a intervenção busca uma alternativa a um conflito armado. Embora ditatorial e envolvendo a ameaça e o exercício da força¹⁰⁷, não há em um primeiro momento o sentido de vir a deflagrar uma guerra - a não ser que haja uma resistência a essa intervenção.

¹⁰⁶ BETTATI, Mario. **O Direito de Ingerência: Mutação da Ordem Internacional**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. Tradução de Ana Faria, p. 12-13.

¹⁰⁷ WIGHT, Martin. **A Política do Poder**. São Paulo: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Rela es Internacionais, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 194.

Assim, quando o objetivo da intervenção é manter o *status quo*, ela é denominada de intervenção defensiva e quando o objetivo é a alteração desse *status quo* a intervenção é classificada como ofensiva.

Contudo, o princípio prevê a não-intervenção, ou seja, esta é a regra geral. Obviamente que os Estados possuem independência em relação aos assuntos que lhe são próprios e cabe à sua própria estrutura constitucional a solução de suas questões domésticas. Tal princípio encontra-se sedimentado na Convenção da Liga das Nações e na Carta das Nações Unidas.

A intervenção ecológica

Embora ainda não tenham ocupado maior destaque no universo acadêmico, a teoria sobre intervenção ecológica¹⁰⁸ busca motivações de cunho ambiental/humanitário para justificar a possibilidade de uma eventual intervenção ecológica (ou ambiental) em Estados soberanos.

A intervenção ecológica pode ser definida como “*a ameaça ou o uso da força por um Estado ou coalizão de Estados em um território de outro país, e sem o consentimento deste, com a finalidade de prevenir um grave dano ambiental.*”¹⁰⁹ E nesse caso, ato contínuo, forças militares poderiam ser utilizadas para impedir iminente (grave) ameaça ao ambiente.

Conforme visto no item anterior a intervenção pode ocorrer quando estiverem em jogo questões de maior complexidade moral, considerando-se a intervenção justificável sob determinadas circunstâncias¹¹⁰. O Conselho de Segurança da ONU firmou entendimento de que as questões humanitárias que constituem ameaça à paz e à segurança internacionais estariam sujeitas a sanções internacionais, fazendo-se valer do Cap. VII da Carta. Ao promover tais sanções – inclusive com o uso da força -, o Conselho de Segurança estaria exacerbando o procedimento habitual para esse tipo de ameaça, porém não estaria violando a Carta vez que esta lhe concede amplos

¹⁰⁸ O tema intervenção ecológica será abordado apenas como uma teoria incipiente no direito ambiental internacional, podendo ser caracterizada, inclusive, como uma teoria de oposição à soberania permanente sobre os recursos naturais.

¹⁰⁹ ECKERSLEY, Robin. Ecological intervention: prospects and limits. **Ethics & International Affairs**. New York, v.21, n.3, pp. 293 – 316, 2007.

¹¹⁰ WIGHT, op.cit., p.193

poderes para que o próprio Conselho determine o alcance de sua competência jurídica¹¹¹.

Para avaliar a legalidade, moralidade e legitimidade da intervenção ecológica, Eckersley explora o escopo da intervenção de acordo com três principais tipos de dano ambiental:

- (i) emergências ambientais graves, com efeitos transfronteiriços e que ameace a segurança pública de toda a região geográfica;
- (ii) ecocídio ou crimes contra a natureza que também envolva genocídio ou séria violação aos direitos humanos (independentemente de efeito transfronteiriço); e
- (iii) ecocídio ou crimes contra a natureza que está confinada no território do Estado ofensor e que não envolva sérias violações aos direitos humanos.

Quando o eventual dano ambiental envolver efeitos iminentes e transfronteiriços, o autor defende que a comunidade internacional teria direito ao uso da força (coordenado pelo Conselho de Segurança) ou, a depender da urgência, também por meio de uma ação militar unilateral. Já nos casos de genocídio, sustenta ser esta norma de *jus cogens* e inderrogável, portanto sendo propensa automaticamente ao uso da força.

Embora uma não haja um caráter preventivo, mas repressivo, uma guerra também pode resultar em graves danos ambientais, de enormes proporções. Sob toda a celeuma ambiental criada por Saddam Hussein na Guerra do Iraque contra o Kuwait, Caggiano opinava (ainda sob os efeitos da guerra à época) que as Nações Unidas deveriam estabelecer um tribunal contra crimes de guerra para investigar e processar as ofensas iraquianas aos civis curdos, xiitas e ao próprio Kuwait “*e também os crimes ambientais*”¹¹². Porém ao falar sobre intervenção, um tribunal de exceção nos moldes propostos seria ainda mais ilegítimo do que a própria ação contra a natureza.

Voltando ao ponto, interessante é a discussão em torno da possibilidade de um Estado vir a intervir em outro Estado soberano, com o intuito de defender aquelas áreas de uma catástrofe ambiental

¹¹¹ BYERS, Michael. **A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007. Trad. Clóvis Marques, p.40.

¹¹² CAGGIANO, Mark J. T. The legitimacy of environmental destruction in modern warfare: customary substance over conventional form, **Environmental Affairs Law Review**, Boston, v. 20, pp.479-506, 1993, p.505.

iminente. Ora, apenas nessa situação poderia ser considerado como intervenção, pois nos demais casos de ação preventiva contra o Estado causador do dano (poluição transfronteiriça, por exemplo), estaria se falando de verdadeira *legítima defesa ambiental*.

Vale lembrar que atualmente os conflitos armados também sugerem uma preocupação de caráter ambiental, sendo que já há debates concisos sobre o terrorismo e o desenvolvimento sustentável¹¹³. A respeito deste específico tema, nota-se a existência de duas convenções internacionais sobre o assunto: a Convenção de Modificação do Ambiente, de 1977, que trata sobre o uso do ambiente enquanto arma de agressão e o Protocolo I em adição às Convenções de Genebra, de 1949, que proíbe métodos de guerra que causem danos ambientais severos e de longo prazo de recuperação¹¹⁴.

De uma forma geral, embora ainda se trate de uma teoria incipiente, não parece ser a intervenção ecológica uma teoria consistente com os princípios basilares do direito internacional – principalmente, claro, em se tratando do princípio da não-intervenção. Alguém ainda poderia dizer que a intervenção ecológica poderia se constituir em uma ramificação da intervenção humanitária, porém não parece ser o caso. A intervenção humanitária é (ou deveria ser) eminentemente altruísta, um auxílio da comunidade internacional a um Estado que apresente grave crise social, porquanto que a intervenção ecológica seria a ação preventiva de um país relacionado a um dano ecológico iminente a um ou mais Estados, ou seja, haveria aí um aspecto *defensivo* mais pronunciado. A ameaça de genocídio e a ameaça a direitos humanos, embora possa também envolver “direitos ambientais”, não é matéria de intervenção ecológica, mas da própria intervenção humanitária. Nesse ponto a teoria da intervenção ecológica padece de referenciais teóricos mais robustos.

2.2.3.2 Princípios Gerais de Direito Ambiental Internacional

Desde Estocolmo são várias e contínuas as referências a princípios gerais de direito ambiental internacional refletidas em tratados, Resoluções da Assembleia Geral da ONU, acordos que geram

¹¹³ ATAPATTU, Sumudu A.. **Emerging principles of international environmental law**. New York: Transnational, 2006, p.66.

¹¹⁴ É importante salientar os efeitos ambientais danosos que um conflito armado pode acarretar, sendo que o exemplo mais presente é o surgimento na África dos denominados *refugiados ambientais*. Ver: CHRISTIANSEN, Silke Marie. **Environmental Refugees: a legal perspective**. Nijmegen: Wolf Legal, 2010.

obrigações internacionais e mesmo em compromissos que sugerem um processo de construção de *soft law*. Também é evidente que tais indicações são comumente incorporadas a preâmbulos de acordos internacionais e na jurisprudência de Cortes de abrangência internacional. Sands sugere que é possível discernir os mais contundentes princípios, que dentre todos os relevantes acordos internacionais pactuados ao longo da história são os mais frequentemente endossados¹¹⁵. São eles:

- (i) Soberania sobre os recursos naturais e responsabilidade em não causar danos ambientais transfronteiriços;
- (ii) Princípio da prevenção;
- (iii) Princípio da cooperação;
- (iv) Princípio do desenvolvimento sustentável
- (v) Princípio da precaução;
- (vi) Princípio do poluidor-pagador; e
- (vii) Princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada.

De uma forma geral esses princípios “clássicos” do direito ambiental internacional são norteadores em caso de ausência ou conflito de normas, sendo aplicados individualmente ou em combinação, de diferentes formas (a depender das circunstâncias) e com diversa finalidade. Alguns desses princípios estão estabelecidos em tratados e Resoluções da Assembleia Geral da ONU e refletem direito costumeiro. Outros ainda são emergentes e ainda estão no processo de alcançar uma posição definida no direito internacional e interno¹¹⁶.

O direito ambiental internacional já percorreu um longo caminho desde Estocolmo, perfazendo quarenta anos desde a conferência mundial. Pode-se certamente afirmar que no decorrer do caminho os princípios tem rumado a um sentido ecocêntrico e, ultimamente, convergindo também aos conceitos de desenvolvimento sustentável e justiça social.

Os princípios básicos que propulsionam esse importante ramo do direito têm progressivamente sofrido uma mutação em virtude da própria época que espelham. Nesse passo, por exemplo, o princípio do “poluidor-pagador” dá lugar ao princípio da “precaução”, pois apenas a cobrança pecuniária por danos já causados à natureza não é mais

¹¹⁵ SANDS, Phillippe. **Principles of International Environmental Law**. 2.ed. Cambridge: Cambridge, 2003, p. 231.

¹¹⁶ loc. Cit.

medida suficiente frente ao avançado estado de depredação ambiental contemporâneo.

É importante salientar que, embora não se apresente na lista compilada por Philippe Sands, o *princípio da proibição de retrocesso ambiental* tem sido considerado como um importante referencial em matéria ambiental, de modo a garantir que os avanços ecológicos conquistados até então não sejam ignorados por eventuais futuras legislações ou correntes neo-liberais que visam justamente diminuir estas conquistas. Assim como as garantias individuais não são passíveis de retrocesso normativo, as garantias coletivas e difusas também não o são, sendo que a revisibilidade e a possibilidade de alteração de preceitos de caráter ambiental deverão ser efetivadas sempre em convergência com a sustentabilidade.

No que se refere à classificação desses princípios de direito ambiental internacional, Lang¹¹⁷ identifica três principais grupos, sendo eles: (i) princípios de direito ambiental internacional *existentes*; (ii) princípios de direito ambiental internacional *emergentes*; e (iii) *potenciais* princípios de direito ambiental internacional.

Os *potenciais* ainda não existem, porém podem vir a se tornar princípios desde que passem a fazer parte mais incisivamente de tratados e MEAs ou presentes em Declarações Ambientais da ONU. Os princípios *existentes* são aqueles que já adquiriram “espaço” nos diversos tratados e instrumentos multilaterais no Âmbito da ONU ou de organizações com representação internacional e aqueles que vêm sendo construídos através dos MEAs desde a década de 70 do século passado. Quanto aos princípios de direito ambiental *emergentes* nota-se um caráter social mais aguçado em relação aos países em desenvolvimento, um sentido que fez surgir na ONU, por exemplo, o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais. Esses princípios são identificados expressamente pela Declaração de Nova Delhi (2002) da *International Law Association* (ILA) como *princípios de direito internacional subjacentes ao conceito de desenvolvimento sustentável*.

A motivação em analisar especificamente os princípios emergentes se dá justamente pela nova conotação social observada nessa classe de princípios. Ainda, deve-se ao fato de que esses princípios têm progressivamente buscado âncora em bases mais sólidas e melhor estruturadas, pois em um mundo multilateral as ações locais tendem a reverter-se em efeitos globais.

¹¹⁷ LANG, Winfried. **Sustainable development and international law**. Berlin: Springer, 1995, p.50.

Como se sabe, os efeitos da poluição não encontram qualquer limite geográfico e potencialmente atingem o mundo inteiro, direta ou indiretamente. Tal fato evidencia que urge uma resposta efetiva da comunidade internacional, que venha a condicionar as ações ambientais a um princípio maior, de extrema robustez e de aplicação imediata. Assim, o ponto de convergência – ao que deixa transparecer a extensa normatização ambiental internacional hoje disponível –, é o *princípio do desenvolvimento sustentável*.

Nesse sentido, o entendimento de Atapattu corrobora a percepção de que “*o desenvolvimento sustentável tem vagarosamente, mas evidentemente influenciado o direito internacional e a política como nenhuma outra norma fez nos anos recentes*”¹¹⁸. E essa seria, em tese, justamente a força propulsora que o direito ambiental tanto necessita, pois amparada em uma área do direito com alcance e eficácia internacional, o direito ambiental somaria valores e forças até então apenas adstritas a um nível interno e amparadas basicamente em *soft law*.

Portanto, verificam-se alguns reflexos dessa nova simbiose normativa relacionando *direito internacional* e *desenvolvimento sustentável*:

- (i) O direito ambiental empreende a persecução de um delineador de efeito sistêmico, possuidor de um conjunto próprio de conceitos e princípios de alcance global, e, sobretudo, portador de um *enforcement* internacional inafastável. O direito internacional atende a essas características;
- (ii) O direito internacional já demonstra estar sendo influenciado pelo conceito de desenvolvimento sustentável, fato verificável em inúmeras normas que entraram em vigor nas últimas décadas; e
- (iii) Nota-se que a recepção do conceito de desenvolvimento sustentável pelo direito internacional tem ultimamente absorvido os conceitos de sustentabilidade e justiça social.

Em 2002 a ILA, com base em diversos trabalhos oriundos da Comissão para o Desenvolvimento Sustentável da ONU, PNUMA e

¹¹⁸ ATAPATTU, *op.cit.*, p. 486.

outros princípios já existentes¹¹⁹, elaborou a já mencionada Declaração de Nova Delhi – uma consolidação dos princípios de direito internacional subjacentes ao desenvolvimento sustentável, indicando claramente o interesse da comunidade internacional em relacionar estas áreas de forma intrínseca. Esse estudo, conforme o próprio relatório informa, propõe ser uma referência para uma implementação uniforme, em um nível internacional, concentrando processos econômicos, políticos e sociais.

A Declaração fundamenta-se em sete princípios, sendo eles:

- (i) O dever dos Estados de assegurar o uso sustentável dos recursos naturais;
- (ii) Princípio da equidade e erradicação da pobreza;
- (iii) Princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada;
- (iv) Princípio da precaução quanto à saúde humana, recursos naturais e ecossistemas;
- (v) Princípio da participação e acesso à informação e justiça;
- (vi) Princípio da boa governança; e
- (vii) Princípio da integração e inter-relação, particularmente em relação aos direitos humanos e aos objetivos sociais, econômicos e ambientais.

Nota-se que a proposição desses princípios parte de uma matriz eminentemente social, expressamente enumerando questões relacionadas ao compartilhamento do ambiente para erradicação da pobreza, saúde humana, acesso à justiça, benefício inter e intra-generacional, todos eles voltados ao desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável não está estagnado, mas *“levanta algumas das mais fundamentais questões atualmente enfrentadas pela comunidade internacional”*¹²⁰. É um assunto que interessa tanto a países em desenvolvimento quanto aos industrializados.

O desenvolvimento sustentável passa a ser um princípio *integracionista*, aglutinando o direito ambiental internacional, os

¹¹⁹ Por exemplo, o Princípio 27 da Declaração do Rio e o Capítulo 39 da Agenda 21 da Conferência em Desenvolvimento e Ambiente da ONU, que visaram alcançar um equilíbrio entre desenvolvimento e sustentabilidade com bases no direito internacional.

¹²⁰ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Berlin Conference, 2004. **International Law on Sustainable Development**, 2004, p.3.

direitos humanos e o direito econômico internacional¹²¹, e flagrantemente voltando-se às causas sociais do planeta. A própria Declaração, em suas razões iniciais, estabelece os objetivos do desenvolvimento sustentável:

Entende que o objetivo do desenvolvimento sustentável envolve uma abordagem global e integrada aos processos econômicos, sociais e políticos, que visa o uso sustentável dos recursos naturais da Terra e a proteção do ambiente em que a natureza e a vida humana, bem como o desenvolvimento econômico e social dependem, e que procura garantir o direito de todos os seres humanos a um nível de vida adequado, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes, levando em consideração as necessidades e interesses das gerações futuras.¹²² (tradução nossa)

Os princípios identificados e enumerados pela Declaração de Nova Delhi demonstram uma nova abordagem dos princípios de direito (ambiental) internacional, voltando-se primariamente ao desenvolvimento sustentável. É exatamente por ter esse aspecto sócio-econômico-ambiental, que tais princípios são tratados como emergentes e norteadores de uma nova percepção principiológica.

Ainda, e a título de reflexão, fica evidente que os sete princípios revelam esforços para a melhoria da regulamentação das atividades de desenvolvimento dos países mais carentes (incluindo prestação de contas e responsabilidade) “*buscando um ambiente viável natural e humano, a partir de uma perspectiva internacional e nacional*”¹²³.

¹²¹ MCGOLDRICK, Dominique. Sustainable Development and human rights: an integrated conception. **Cambridge International and Comparative Law Quarterly**. Cambridge, v. 45, n. 4, pp. 796-818, 1996, p.818.

¹²² INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. New Delhi Declaration. 2002. Disponível em: <http://cisdl.org/tribunals/pdf/NewDelhiDeclaration.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2012, p. 212.

¹²³ SCHWARTZ, Priscilla. Sustainable Development in International Law. **Non-State Actors and International Law**, Leiden, v.5, pp. 127-152, 2005, p.143.

3 O PRINCÍPIO DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS (PSPSRN): DIREITOS E OBRIGAÇÕES IMANENTES

3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PSPSRN NA ONU

O processo de descolonização dos países denominados como pertencentes ao 3º mundo no pós II Guerra Mundial fez surgir na ONU relevantes mecanismos para que os países não desenvolvidos tivessem oportunidades em um mundo de tendências multilaterais e que assim pudessem perseguir sua plenitude intragerencial e econômica. É nesse ambiente de descolonização e reformulações das relações exteriores (diplomáticas e econômicas) que o *princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais* encontrou ressonância na Assembleia Geral da ONU, tendo suas bases lançadas com a edição da Resolução 523 (VI), em janeiro de 1952¹²⁴.

O histórico das discussões da *soberania permanente sobre os recursos naturais* demonstra a evolução de um conceito, inicialmente tomado como pleito político dos países subdesenvolvidos¹²⁵, porém posteriormente reconhecido como um princípio de direito internacional¹²⁶. Em seus primórdios, a Resolução 523 externaria a tendência da comunidade internacional pós-guerra em garantir aos países subdesenvolvidos o direito de dispor livremente de suas riquezas naturais e, ainda, que a utilização desses recursos deveria ser direcionada ao desenvolvimento da nação e em proveito do seu povo. E esta foi justamente a matriz do PSPSRN, que veio a adquirir aspectos ainda mais abrangentes no decorrer dos anos, partindo-se inicialmente

¹²⁴ Resolução 523 AG ONU (VI): “[...]os países subdesenvolvidos têm o direito de determinar livremente o uso de seus recursos naturais, os quais devem ser utilizados como recursos para alcança-se uma melhor posição de modo a promover a realização dos seus planos de desenvolvimento econômico de acordo com o interesse nacional e promover a expansão da economia mundial”.

¹²⁵ A primeira apresentação das razões da soberania permanente foram introduzidas pelo Uruguai diante da VII Sessão da Assembleia Geral da ONU (1952), apresentando proposta de que as Nações Unidas deveriam recomendar aos Estados sobre o direito de cada país de nacionalizar e livremente dispor de seus recursos naturais. In: RAJAN, M. S. **Sovereignty over Natural Resources**. New Delhi: Radiant, 1978, pp. 2-3.

¹²⁶ SCHRIJVER, Nico. **Sovereignty over Natural Resources: balancing rights and duties**. Edimburgh: Cambridge, 2008, p.33.

da soberania estatal e passando a abordar elementos de autodeterminação, responsabilidade social e alcançando finalmente o conceito de desenvolvimento sustentável.

A *soberania permanente* foi o reflexo de uma vertente ideológica que objetivava criar condições para o desenvolvimento da economia e dos direitos humanos nos países subdesenvolvidos, cujas riquezas naturais estavam sendo exploradas por indivíduos ou pessoas jurídicas (multinacionais, em sua maioria) de terceiros países¹²⁷. Nesse ponto, a soberania permanente assumiu importante destaque nas questões concernentes ao princípio da autodeterminação dos povos, afetando as relações entre países em processo de descolonização e seus colonizadores¹²⁸. Essa conexão entre autodeterminação e prática de direitos humanos e sócio-econômicos era um reflexo do processo de codificação dos próprios direitos humanos, que estavam sendo amplamente discutidos na década de 50 e 60¹²⁹.

Entretanto, a inserção (ou o processo de construção) do princípio como um contundente referencial pragmático na Assembleia Geral da ONU não pode ser considerada como propriamente pacífica, tendo enfrentado resistência por parte de alguns países, especialmente os colonizadores¹³⁰. Inicialmente o debate sobre a soberania permanente foi liderado pelos países latino-americanos, seguidos pela adesão dos países socialistas do leste europeu, que por sua vez sofreram resistência

¹²⁷ Para se ter uma ideia, até o início de 1950 a indústria petrolífera era dominada por grandes companhias multinacionais. Ao concluir os acordos de concessão com os países, essas companhias adquiriam direitos de exploração que perduravam pelos anos ou décadas seguintes. Porém, com o término da II Guerra Mundial os países recém descolonizados ainda mantinham esses contratos de concessão para exploração de suas riquezas, o que é um significativo contraste entre desenvolvimento econômico e soberania sobre os recursos naturais próprios. In: KUOKKANEN, Tuomas. **International Law and the Environment: variations on a theme**. Kluwer Law International: The Hage, 2002, p. 194.

¹²⁸ HYDE, James N. Permanent sovereignty over natural wealth and resources. **American Journal Of International Law**, New York, v. 50, pp.854-867, 1956, p.885.

¹²⁹ SCHRIJVER. op.cit., p. 311

¹³⁰ Ver: GESS, Karol N.. Permanent sovereignty over natural resources: an analytical review of the United Nations Declaration and its genesis. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 13, pp.398-449, abr. 1964.

capitalista em virtude da Guerra Fria, e tornando-se, enfim, após a entrada dos países asiáticos e africanos recém independentes, um litígio conceitual entre os países do Norte-Sul¹³¹.

Eventualmente, com o passar dos anos, as proposições passaram a evoluir, o que se deve principalmente pela criação da Comissão Permanente das Nações Unidas sobre a Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais, que funcionou entre 1958 e 1961. A criação dessa Comissão foi uma recomendação da Comissão de Direitos Humanos da ONU e suas atribuições principais foram no sentido de conduzir um estudo sobre a importância da soberania permanente e sua intrínseca ligação com a autodeterminação dos povos¹³².

Era claro que uma das principais preocupações dos então países de 1º mundo baseava-se na ideia de que o eventual estabelecimento da Comissão iria desencorajar o fluxo de capital privado estrangeiro¹³³. A maior inquietude residia no fato de que poderia advir um fenômeno contrário àquele pretendido pela ONU, ou seja, a interpretação por parte de investidores estrangeiros de que o investimento em países subdesenvolvidos era um negócio de alto risco¹³⁴.

No ano de 1958 a Comissão foi finalmente criada na Assembleia Geral da ONU¹³⁵, mesmo com a opinião contrária de boa parte dos países desenvolvidos, que insistiam na versão de que medidas visando a superproteção dos recursos naturais de países em desenvolvimento levaria fatalmente a uma fuga de investidores - inseguros quanto às políticas nacionais de nacionalização de empresas e expropriação de instalações. O que se viu, no entanto, foi uma votação na AG em que a ampla maioria (52 a 15, com 4 abstenções) votou a favor da constituição da Comissão da Soberania Permanente Sobre Recursos Naturais, o que fora realizado através da Resolução 1314 (XIII) da Assembleia Geral.

¹³¹ SCHIRJVER, op. cit., p.33.

¹³² Recomendada em 1954, a Comissão sobre a Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais levou cerca de quatro anos para ser criada. Manifestações em contrário foram apresentadas pelas nações ocidentais, as quais julgavam improcedentes as tentativas de controle dos recursos naturais partindo-se do princípio da autodeterminação dos povos.

¹³³ O efeito benéfico do fluxo de capital privado internacional foi objeto da Resolução AG ONU 824 (IX).

¹³⁴ HYDE, op.cit., p.854

¹³⁵ A nova Comissão foi composta por nove membros escolhidos pelo Presidente da Assembleia Geral, respeitadas as regiões geográficas (Afeganistão, Chile, Guatemala, Holanda, Filipinas, Suécia, União Soviética, República Árabe Unida (Egito e Síria) e Estados Unidos).

Embora as questões concernentes à autodeterminação e soberania sobre os recursos naturais em detrimento à insegurança dos investidores estrangeiros levantadas no decorrer do processo pelos países ocidentais, a Resolução de 1962 veio a confirmar positivamente quatro princípios de direito internacional aplicáveis ao objeto¹³⁶:

- (i) que a compensação deveria ser paga no evento de uma “tomada legal” de direitos e propriedades;
- (ii) que tal compensação deveria ser paga de acordo com o direito internacional, isto é, conforme os padrões internacionais;
- (iii) que os acordos de *investimento* entre Estados e particulares teriam efeito compulsório; e
- (iv) que os acordos de *arbitragem* entre os Estados e particulares tenham efeito compulsório.

É interessante notar que embora a garantia do direito internacional quanto à compensação em caso de expropriação por interesse nacional, a crítica residia no fato de que originalmente a Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais tinha como escopo o controle do investimento estrangeiro privado. Desde os primórdios da construção do princípio uma série de órgãos das Nações Unidas deu excessiva atenção às formulações relativas à natureza do poder estatal de expropriar ou não empresas estrangeiras, porém pouca atenção às obrigações dos Estados em respeitar as disposições incluídas nos tratados, “*como também direitos contratuais e de propriedade que seriam definitivamente afetados com o exercício da soberania permanente*”¹³⁷.

Fato é que o princípio adquiriu uma linha de ação completamente distinta da questão alusiva aos investimentos. Desde a precursora Resolução 523 outras Resoluções versando sobre a evolução do princípio¹³⁸ foram sistematicamente incluídas nas pautas das votações

¹³⁶ GESS, op. cit., p.448

¹³⁷ HYDE, op. cit., p.855

¹³⁸ Resolução 626 (VII): Direito de Explorar Livremente as Riquezas Naturais e os Recursos; Resolução 837 (IX): Recomendações Concernentes ao Respeito Internacional ao Direito das Pessoas e Nações à Autodeterminação; Resolução 1314 (XIII): Recomendações Concernentes ao Respeito Internacional ao Direito das Pessoas e Nações à Autodeterminação; Resolução 1720 (XVI): Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais; e Resolução 1803 (XVII): Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais.

da Assembleia Geral e, uma vez adotadas, levaram à construção do PSPSRN. Dentre todas, porém, a Resolução 1803 (XVII), de 1962, é considerada a mais significativa¹³⁹, pelo fato de ter incluído em seu texto final que o “direito dos povos e das nações à *soberania permanente* sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido com interesse do *desenvolvimento nacional e bem-estar do povo* do respectivo Estado.”¹⁴⁰ (grifo nosso)

O processo de aprovação da Resolução foi um retrato do que se havia sido observado na última década em relação ao tema. A fórmula para se chegar a uma eventual aprovação era a tentativa de coalizão entre o reconhecimento do direito à soberania permanente dos países em desenvolvimento e a garantia calcada no direito internacional aos potenciais investidores e uma justa compensação em caso de nacionalização de empresas de capital estrangeiro.

No âmbito das discussões para aprovação da Resolução 1803 os Estados Unidos propuseram que as palavras *imediate*, *adequada* e *efetiva* deveriam ser inseridas antes da palavra *compensação*. Ao introduzir a emenda, o embaixador americano Philip Morris Klutznick demonstrou a insatisfação dos países desenvolvidos (por ele representados) argumentando que a emenda foi designada para “*tornar explícito o que já era implícito*”¹⁴¹. Tal proposição foi criticada pelo representante húngaro, que por sua vez apresentou um posicionamento divergente, conforme fica evidenciado em sua fala perante a Comissão:

Qualquer decisão relativa a quando e qual compensação deva ser paga seria um assunto essencialmente interno do Estado – o único juiz no assunto –, e que não poderia admitir qualquer interferência externa no exercício de sua soberania. A base de qualquer direito de indenização não seria uma regra de direito internacional, mas a legislação do Estado interessado.¹⁴² (tradução nossa)

¹³⁹ PERREZ, Franz Xaver. The relationship between "permanent sovereignty" and the obligation not to cause transboundary environmental damage. **Environmental Law**, Portland, v. 26, pp.1188-1212, out. 1996, p.1191.

¹⁴⁰ Resolução AG ONU 1803 (XVII).

¹⁴¹ Official Records of the General Assembly, 17th Session, 2nd Committee, Summary Records, 835th Meeting, p.234, §10.

¹⁴² Official Records of the General Assembly, 17th Session, 2nd Committee, Summary Records, 846th Meeting, p.297, §2.

No curso da elaboração da Resolução 1803 buscou-se aproximar as opiniões divergentes, cuja modificação *a posteriori* do texto originalmente proposto obteve, enfim, um grande número de Estados que apoiaram sua aprovação. O texto final trouxe em seu § 4º a seguinte orientação:

A nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão estar fundamentadas em razões ou motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, nos quais se reconhece como superiores ao mero interesse particular ou privado, tanto nacional como estrangeiro. Nestes casos será pago ao proprietário a indenização correspondente, conforme as normas em vigor no Estado que adote estas medidas no exercício de sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Em qualquer caso em que a questão da indenização dê origem a um litígio, deve-se esgotar a jurisdição nacional do Estado que adote estas medidas. Não obstante, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser julgado por arbitragem ou tribunal judicial internacional.¹⁴³

Portanto, o § 4º demonstra a forma de elaboração da Resolução no aspecto estritamente concernente a questões sobre expropriação e sua compensação¹⁴⁴. Entretanto, como o parágrafo ainda manteve em seu texto final a referência ao direito internacional, dúvidas foram suscitadas se efetivamente a Resolução modificou o próprio direito internacional. De qualquer forma, a adoção da Resolução foi o primeiro passo “*em direção ao reconhecimento da soberania de novos Estados independentes sobre seus recursos naturais, criando uma atmosfera legal não baseada em um passado colonial e imperial*”¹⁴⁵.

O período pós Resolução AG 1803

¹⁴³ UNITED NATIONS ORGANIZATION. **Documentation**. Disponível em <<http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/gares1.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2012.

¹⁴⁴ Note-se que a proposição americana de “imediate, adequada e efetiva” compensação foi substituída por “apropriada” compensação.

¹⁴⁵ KUOKANNEN, op. cit., p.199

O período em que se seguiu após a aprovação da Resolução 1803 foi de adaptação a uma nova realidade onde claramente se verificou a implementação do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais pelos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. A redistribuição da riqueza (e de poder) há tanto perseguida por estes países elevou-os a uma situação de igualdade de condições, e, mais do que isso, trouxe certa esperança de que um dia haveriam de alcançar padrões de desenvolvimento.

Porém a década seguinte trouxe alguns importantes desdobramentos e a discussão relativa à abrangência do princípio tomou novas direções. Questões como a jurisdição dos Estados costeiros sobre águas adjacentes¹⁴⁶, por exemplo, passaram a fazer parte dos desdobramentos do princípio, tanto em países desenvolvidos quanto nos em desenvolvimento, deixando amplamente clara a tentativa de nacionalização de vários setores da economia destes últimos. Acrescenta-se a esta nova etapa questões absolutamente sensíveis como a erupção da crise do Petróleo¹⁴⁷ e a Declaração e Programa de Ação para o Estabelecimento de uma Nova Ordem econômica Mundial das Nações Unidas (1974). Esse era o panorama da comunidade internacional em que se tentava promover o desenvolvimento pelo exercício da soberania permanente.

Coincidentemente foi na década de 60 que os países subdesenvolvidos iniciaram uma pesada crítica aos princípios de comércio internacional, tais como o da reciprocidade, não discriminação e livre comércio, sendo que algumas instituições internacionais também foram alvo de críticas - em especial as de Bretton Woods¹⁴⁸ -, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial e o *General Agreement on Trade and Tariffs* (GATT)¹⁴⁹. Os países subdesenvolvidos reclamavam que não havia a compreensão dos países industrializados de que o atual estágio de integração internacional não

¹⁴⁶ A questão da soberania sobre águas adjacentes será tratada em item próprio no próximo e último capítulo.

¹⁴⁷ Iniciada após a nacionalização do Canal de Suez pelo presidente egípcio Gamal Nasser e em sua segunda fase anos depois pelo protesto do mundo árabe ao apoio dos Estados Unidos a Israel durante a Guerra do Yom Kippur.

¹⁴⁸ Importante conferência internacional realizada nos Estados Unidos, em 1947, que estabeleceu o novo sistema monetário internacional e resultou em acordos multilaterais para redução de tarifas sobre determinados produtos.

¹⁴⁹ Acordo sobre tarifas precursor da OMC e hoje parte integrante da Organização.

respeitava as circunstâncias dos países subdesenvolvidos, mas sim favorecia apenas o ocidente e as corporações transnacionais¹⁵⁰.

A realização da Primeira UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development* (1964) demonstra que havia uma necessidade de mudança de abordagem do momento econômico mundial. Esta era justamente a oportunidade para serem revistos os conceitos até então vigentes – e mesmo os emergentes, como a soberania permanente –, em uma clara tentativa de aproximação entre os dois grupos de países existentes à época: os desenvolvidos e os subdesenvolvidos. A conferência instigava a cooperação nas áreas do comércio e do desenvolvimento e ainda reafirmava os conceitos basilares da soberania permanente sobre os recursos naturais. Esta tendência ficou mais cristalina com a adoção do princípio 3 da UNCTAD, que estabelecia que “*todo país tem o direito soberano de comércio com os demais e de livremente dispor de seus recursos naturais no interesse do desenvolvimento econômico e bem estar de seu povo*”¹⁵¹.

A sessão especial da Assembleia Geral da ONU de 1974 estudou a fundo o desequilíbrio econômico havido principalmente após o período de descolonização e então aprovou a Declaração sobre a Nova Ordem Econômica Internacional. A premissa deste documento era a do proveito dos recursos ambientais em prol do desenvolvimento das próprias nações subdesenvolvidas, sendo que o texto final reafirmava que “*a soberania permanente é o princípio basilar da nova ordem econômica mundial*”¹⁵². Ainda, em sua motivação, a Declaração de 1974 reiterava o Princípio II da Resolução 46 (III) da UNCTAD, que adicionou a seguinte nota:

Qualquer medida econômica ou de política externa ou pressão havida no exercício deste direito é uma flagrante violação dos princípios da autodeterminação dos povos e da não-intervenção, conforme estabelecido na Carta da ONU e, se for

¹⁵⁰ KUOKANNEN, op.cit., p.200

¹⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNCTAD. 1964, Genebra. Disponível em: < http://unctad.org/en/Docs/econf46d141vol1_en.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2012.

¹⁵² PERREZ, Fraz Xavier. *Cooperative Sovereignty: from independence in the structure of international environmental law*. Den Haag: Kluwer Law International, 2000, p.84

realizada, pode constituir uma ameaça à paz e segurança internacional.

Conforme se vê, a Declaração foi concebida permeando-se o conceito de soberania permanente, ao que inclusive cita de forma expressa e ainda apresenta como fonte basilar para direitos e obrigações. É de se salientar nesse contexto a importância da Resolução 2158 (XXI) da Assembleia Geral da ONU, que mesmo antes da Declaração da Nova Ordem Econômica Internacional já enfatizava que para salvaguardar o exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais era essencial que os países em desenvolvimento tomassem para si a tarefa de explorar seus recursos próprios, “empregando o máximo benefício possível no interesse do desenvolvimento nacional”¹⁵³.

A Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (CERDS), adotada sete meses após a Declaração pela Resolução AG 3281 (XXIX), foi um efetivo instrumento para alinhar-se o novo sistema econômico mundial à interdependência dos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Sem dúvida, uma interessante adição trazida pela Carta é o direito ao exercício da soberania permanente *em relação às atividades econômicas dos Estados* – conceito até então limitado do uso dos recursos naturais em benefício da nação, de forma genérica.

A Carta é considerada como o último degrau na elaboração do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais¹⁵⁴, tratando-se especificamente sobre o escopo original, ou seja, as discussões sobre a possibilidade de nacionalização e expropriação de investimentos estrangeiros¹⁵⁵. Neste específico ponto os países desenvolvidos e exportadores de capital ainda mantinham sua posição conflituosa quanto ao direito de expropriação e compensação ser regulado apenas pelo direito interno dos países¹⁵⁶. Significa dizer, portanto, que os países desenvolvidos opunham-se à Resolução 3281 (XXIX), embora esta fosse seguidamente ratificada na Assembleia Geral da ONU através de outras Resoluções posteriores¹⁵⁷.

¹⁵³ SCHRIJVER, op. cit., p.87

¹⁵⁴ PERREZ, op. cit., p. 85

¹⁵⁵ Hyde opina que “*seria uma extrema simplificação afirmar que o princípio pode subsistir sozinho, sem considerar os tratados e outros acordos internacionais que qualificam o exercício desse poder.*” HYDE, op. cit., p.862

¹⁵⁶ O porta-voz dos países desenvolvidos refutou ser uma “excessiva preocupação” dos países subdesenvolvidos em relação a um fato de caráter reconhecido universalmente (sobre a soberania interna). RAJAN, op. cit., p.143

¹⁵⁷ PERREZ, op. cit., p. 85

Nesse contexto, era possível observar que as relações bilaterais passaram a ser cada vez mais importantes para o desenvolvimento da regulação dos aspectos da soberania permanente sobre os recursos naturais¹⁵⁸. A tentativa de atração e captação de capital estrangeiro influenciou as nações subdesenvolvidas a tratarem empresas internacionais e exploradoras de recursos naturais com equidade em relação às empresas nacionais, pactuando, a *contrario sensu* da Resolução 1803, que as questões de expropriação e nacionalização deveriam ser então solucionadas pelo direito internacional¹⁵⁹.

O último grande evento – porém de suma importância para os rumos do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais -, foi a criação do Comitê sobre os Recursos Naturais do Conselho Econômico e Social da ONU – ECOSOC. O Comitê tinha como principal objetivo apresentar recomendações aos países e órgãos da ONU e, principalmente, auxiliá-los através da elaboração de políticas ambientais com fins de otimizar a utilização dos recursos naturais, levando cabalmente ao desenvolvimento e à sustentabilidade.

O Comitê trabalhou fundamentalmente sob a égide do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, inclusive com uma maior abrangência de seu escopo, passando também a aplicá-lo em áreas como as “*além da jurisdição dos mares, recursos marinhos, recursos em territórios sob ocupação, domínio colonial e apartheid*”¹⁶⁰.

Em 1989 o Comitê sobre Recursos Naturais iniciou os debates sobre a relação entre o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais e o desenvolvimento sustentável e o ambiente global. Embora posteriores discussões na ECOSOC sobre a restrição do objeto do Comitê a minerais não energéticos e recursos hídricos, pode-se considerar como de extrema importância a conexão havida entre o PSPSRN e o desenvolvimento sustentável¹⁶¹, impulsionado pela ECOSOC. Portanto, um elemento relativamente novo adicionado ao conceito do PSPSRN no decorrer dos anos é o próprio *desenvolvimento sustentável*, fundado na premissa de que a população, na sua

¹⁵⁸ PERREZ, op. cit., p.87

¹⁵⁹ Esta inconsistência na ordem econômica mundial levou à discussão e aprovação do Multilateral Agreement on Investment (MAI), em 1998.

¹⁶⁰ SCHIRJVER, op. cit., p.116

¹⁶¹ O Comitê relatou perante a ECOSOC que a questão da sustentabilidade na exploração dos minerais não energéticos e recursos hídricos não poderia estar separada de outras questões concernentes ao desenvolvimento sustentável. In: SCHIRJVER, op. cit., p. 118

integralidade, colha benefícios decorrentes da exploração dos recursos e riquezas naturais do seu país e que haja um proveito nessa atividade exploratória. Em outras palavras, exercendo a soberania sobre os recursos naturais e utilizando-os em prol da população, não se estaria comprometendo os direitos reservados também às futuras gerações, sejam eles sociais (inerentes ao próprio desenvolvimento) ou ambientais.

Nesse sentido, é notável que a Resolução AG 3326 tenha afastado o princípio ainda mais da questão puramente econômica e passado também a lançar suas prioridades ao benefício intergeracional. A Resolução previa que “*o impacto ambiental da exploração irracional dos recursos naturais pode transformar-se em ameaça para o exercício da soberania permanente por outros países, especialmente aqueles em desenvolvimento*”¹⁶².

Portanto, o *princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais* tem sido um predominate referencial, garantindo a soberania aos Estados quanto à utilização sustentável de seus recursos naturais próprios, como também impondo obrigações visando assegurar a proteção dessas riquezas.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS

Devido justamente a constante presença nas Resoluções da Assembleia Geral da ONU e sua aplicação prática em diversos casos de expropriação de empresas estrangeiras (e.g. a nacionalização da Petrobrás pela Bolívia e da Repsol-YPF pela Argentina), poderia concluir-se estarem presentes os requisitos fundamentais para classificar a soberania permanente como um costume internacional. Porém, parece que apenas a Resolução 1803 (XVII) detém essa natureza (de costume), visto sua ampla aceitação na comunidade internacional e a referência expressa em seu texto final de que litígios sobre compensação seriam resolvidos pelo próprio direito internacional. Exatamente por isso é que a Resolução 1803 é considerada como uma *reafirmação do direito internacional costumeiro*¹⁶³. Essa opinião, obviamente, não é uníssona. A própria Corte Americana, no caso *Flores vs Peru Copper Co.* decidiu que as Resoluções da Assembleia Geral “*não são propriamente fontes de direito internacional costumeiro porquanto meramente inspiradores,*

¹⁶² SCHRIJVER, op. cit., p.326

¹⁶³ PERREZ, op. cit., p.1194.

sendo que nunca foi sua intenção a obrigatoriedade aos membros da ONU”¹⁶⁴.

A forma mais usual de denominação da soberania permanente sobre os recursos naturais, portanto, é defini-la como sendo um *princípio* de direito internacional. Conforme visto, os princípios são gerais porquanto “*potencialmente aplicáveis a todos os membros da comunidade internacional por meio de uma série de atividades que eles executam ou autorizam*”¹⁶⁵. Além disso, é possível distinguir um princípio devido à sua inquestionável aceitação no mundo jurídico, sendo frequentemente endossado em múltiplos acordos - e também na prática -, e, no caso específico da soberania permanente, sua constante adoção pelas Resoluções da Assembleia Geral da ONU. O princípio já encontrou sua posição de destaque enquanto norma internacional, pois tem sido proclamado tão frequentemente e tão solenemente pelos órgãos das Nações Unidas, que, para Rajan, já pode ser considerado com o mesmo peso de um princípio elementar da Carta¹⁶⁶.

Pode-se ainda afirmar que o impacto das deliberações de uma organização internacional de abrangência mundial como a ONU dependerá de alguns atributos, como a interação de sua capacidade de liderança com o comportamento dos atores que a compõem (governos e demais entidades internacionais)¹⁶⁷. Assim, o resultado desse impacto, que se caracteriza pelo processo de discutir e propor suas normas e posteriormente aplicar suas decisões, é o surgimento de princípios de relevância à ordem internacional, tal qual o PSPSRN.

Outro importante aspecto a ser salientado é a análise das fontes dos princípios em direito ambiental, que podem ser provenientes ou reiterados por tratados internacionais (geralmente preambulares), e dos princípios contidos nas Declarações de conferências ambientais da ONU. Vale lembrar que o *Princípio 21 da Declaração de Estocolmo* e *Princípio 2 da Declaração do Rio* mencionam expressamente a soberania permanente sobre os recursos naturais e seu caráter dúplice de

¹⁶⁴ CABRANES, José. Customary international law: what it is and what it is not. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v.22, pp. 143-152, 2011, p.150.

¹⁶⁵ SANDS, op. cit., p.231

¹⁶⁶ RAJAN, op. cit., p.135

¹⁶⁷ KEOHANE, Robert O. Institutionalization in the United Nations General Assembly. **International Organizations**, Cambridge, v.23, pp.859-896, 1969, p.860.

soberania interna e de obrigação de não causar poluição transfronteiriça¹⁶⁸, conforme se vê:

Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar os seus recursos próprios de acordo com as suas próprias políticas de ambiente e desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que as atividades exercidas dentro da sua jurisdição ou controle não prejudiquem o ambiente de outros Estados ou de áreas para além dos limites da jurisdição nacional.

O Princípio concebido em 1972 durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano veio a ser fielmente reeditado na Rio 92 e é considerado a pedra angular do direito ambiental internacional¹⁶⁹.

Porém, são observadas outras peculiaridades quanto à natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais, o que definitivamente a torna tão particular no direito internacional. Sua classificação ainda pode ser compreendida a partir de uma concepção costumeira e de *jus cogens*, conforme se verá a seguir.

3.2.1 A soberania permanente e sua força como Resolução da Assembleia Geral da ONU

Em um mundo com mais de 190 Estados, multicultural, de diferentes orientações políticas, interesses e sistemas legais, torna-se extremamente difícil a tarefa de identificar uma prática universal como um costume. Decidir o que pode ser considerado *costumeiro* requer uma pesquisa não apenas das legislações estatais e declarações, acordos e atos bi e multilaterais, como também decisões de Cortes e as “ações de relevantes organizações quanto a específicos assuntos, políticas e condutas desses organismos internacionais”¹⁷⁰. E esse trabalho obviamente inclui a ONU e suas agências especializadas.

¹⁶⁸ O princípio não pode ser dissociado de seus dois elementos intrínsecos sem mudar-se fundamentalmente seu senso e efeitos.

¹⁶⁹ SANDS, op. cit., p. 236

¹⁷⁰ BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. **International Law & the Environment**. 2.ed. Oxford: Oxford, 2002. p.17.

Se as Resoluções da Assembleia Geral têm o caráter compulsório de um costume ou se na verdade incluem o grupo de normas conhecidas como *soft law*, o que realmente importa é o caráter de universalidade com que são revestidas as Resoluções. Birnie argumenta que há uma interpretação ilusória de que os instrumentos considerados como *soft law* (declarações, por exemplo), não podem ser considerados como lei¹⁷¹. A condição *de lege ferenda* das Resoluções parece, em um primeiro momento como uma característica própria, relegando sua natureza normativa a um segundo plano.

Um ponto de vista contemporâneo do direito internacional defende que alguns fóruns multilaterais - como a Assembleia Geral das Nações Unidas -, onde representantes de Estados e de outros organismos internacionais discutem os problemas e soluções da ordem global, são determinantes para a construção do direito internacional¹⁷². Garibaldi observa que podem ser verificados dois tipos de opiniões quanto à compulsoriedade das Resoluções: uma *forte* (*strong claim*) e uma *fraca* (*weak claim*)¹⁷³.

A forte defende que algumas Resoluções são compulsórias *per se*, não importando se estas estão ou não de acordo com outras normas definidas através de tratados ou mesmo pelo direito costumeiro. Já as Resoluções “fracas” são consideradas aquelas compulsórias pela especial conexão que porventura tenham com outras fontes tradicionais de direito internacional. Classificando as Resoluções da Assembleia Geral como *strong claims*, significaria defender uma modificação no próprio sistema jurídico internacional, acrescentando decisões do órgão (que nem sempre são unânimes) ao mesmo patamar hierárquico de tratados e costumes. Não parece ser este o critério de validade corrente. De outro modo, classificando-as como *weak claims*, as Resoluções gozariam também de força e representatividade no sistema jurídico internacional, no entanto sem precisar alterar sua substância. Nesse sentido, as Resoluções seriam “adequações” de situações pré-existentes (ou mesmo tendências prestes a acontecer), cujas circunstâncias de votação e atitude dos atores também exercem influência. Garibaldi ainda oferece alguns exemplos de Resoluções como sendo *weak claims*¹⁷⁴:

¹⁷¹ BIRNIE; BOYLE, op. cit., p.17

¹⁷² PERREZ, op. cit., p.1195

¹⁷³ GARIBALDI, Oscar M. The Legal Status Of General Assembly Resolutions: some conceptual observations. **American Society of International Law**, Cambridge, v.73, pp. 324-327, 1979, p. 325.

¹⁷⁴ GARIBALDI, op. cit., p.327

- (i) que as Resoluções da AG são interpretações de uma norma já existente no sistema;
- (ii) que as Resoluções são declaratórias de normas;
- (iii) que as Resoluções são evidências de uma norma pré-existente ou, se ainda inexistente, uma norma futura.

Embora seja uma discussão aparentemente inócua (pois os Estados participantes da comunidade internacional se sujeitam a “ganhar” ou “perder” enquanto partes de um sistema integrado e multilateral)¹⁷⁵, verifica-se uma tendência de maior ou menor força das Resoluções, a depender da representação que estas tiveram em suas votações pela Assembleia Geral. O tribunal arbitral do caso *Texaco Overseas Petroleum vs Libya* deu uma interessante dimensão nesse sentido, ao considerar a “força” das Resoluções baseadas nas condições de voto (ampla ou pequena maioria), representatividade geográfica e econômica¹⁷⁶.

Porém, não há como desprezar o fato de que as ações dos Estados necessitam de uma interpretação mais restrita. As votações da Assembleia Geral demonstram que nem sempre um voto significa necessariamente uma posição sedimentada sobre algum preceito normativo. O jogo político, o “afrouxar e apertar”, faz parte das políticas internacionais, dos interesses e alianças. Koskenniemi salienta que os Estados votam de acordo com suas próprias convicções apenas quando possuem uma “*certeza virtual que ninguém oporá as Resoluções entre*

¹⁷⁵ “*Prestige or power outside the Assembly can therefore be translated into influence within. For example, a state with high "moral stature" may be able to deny legitimacy to a resolution by opposing it. If the sponsors are aware of this situation in advance, they may find it desirable to consult with that state before formally presenting their resolution*”. In: KEOHANE, Robert O. *The study of political influence in the General Assembly. International Organization*, Cambridge, v. 21, pp. 2210-237. mar. 1967, p.228.

¹⁷⁶ A disputa surgiu em 1973 quando a Líbia promulgou decretos com a pretensão de nacionalizar todos os direitos, interesses e propriedades de duas empresas internacionais de petróleo em seu território. As companhias alegaram a violação dos atos de concessão que lhes foram outorgadas anos antes. O governo líbio fez-se valer das Resoluções da ONU sobre a soberania permanente sobre as riquezas e recursos naturais, confirmando seu direito soberano de nacionalizar seus próprios recursos. Disponível em: <<http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=261700>>. Acesso em: 20 out. 2012.

si como norma compulsória”¹⁷⁷. Ainda, que a interpretação e valoração de uma Resolução seria apenas possível após uma avaliação da *real vontade* dos Estados ao disporem seus votos na Assembleia Geral¹⁷⁸.

De qualquer forma, presume-se que quando uma Resolução exprime opiniões acerca de normas gerais de direito internacional, a aceitação pela maioria é o suficiente para demonstrar uma evidência de constituição do próprio direito internacional. Nesse sentido, as Resoluções “*fornecem uma base para o progressivo desenvolvimento do direito e a rápida consolidação de normas costumeiras*”¹⁷⁹.

3.2.2 A soberania permanente sobre os recursos naturais: *status de jus cogens*

Certas normas de direito internacional possuem precedência sobre outras, sendo consideradas normas hierarquicamente superiores¹⁸⁰, imperativas de direito internacional geral (art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados) e ainda consideradas exceção ao princípio da liberdade dos Estados em concluir tratados e regras absolutas, sendo não derogável *inter partes*.

O surgimento da noção de *ius cogens* no direito internacional contemporâneo foi durante um período marcado pelo revisionismo jurídico defendido pelos Estados emergentes do processo de descolonização e dos Estados socialistas¹⁸¹.

O *ius cogens* é também chamado como “*super lei*” atribuindo-se maior importância a certas normas de direito internacional que gozam de uma posição hierárquica superior ou especial no sistema legal internacional. Portanto, no caso do PSPSRN, apenas norma de igual

¹⁷⁷ KOSKENNIEMI, op. cit., p.434

¹⁷⁸ Ibid., p.435

¹⁷⁹ BROWNLIE, op. cit., p.15

¹⁸⁰ “*Recognized hierarchical relations by the substance of the rules: Jus cogens. A rule of international law may be superior to other rules on account of the importance of its content as well as the universal acceptance of its superiority. This is the case of peremptory norms of international law (ius cogens, Article 53 VCLT), that is, norms “accepted and recognized by the international community of States as a whole from which no derogation is permitted”.* In: INTERNATIONAL LAW COMMISSION, op. cit., p.20

¹⁸¹ SALCEDO, Juan Antonio Carrilo. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. **European Journal of International Law**, Firenze, v.8, pp.583-585, 1997, p.591 .

natureza poderia derogá-lo, o que lhe confere ascendência perante outros princípios de direito internacional.

Embora seu caráter superior o *jus cogens* também encontra limites, pois “a mera rotulagem de uma norma como ‘peremptória’ ou como ‘não-depreciativa’ não é suficiente, devendo-se verificar a cada vez a prática do Estado e sua opinio iuris”¹⁸². Apenas com a análise desses elementos externos – somadas a uma interpretação adequada de um tratado aplicável -, haveria então a possibilidade de produzir o efeito específico que os tribunais são chamados a julgar. O que deveria ser considerado, portanto, além do caráter peremptório e inderrogável da norma é o *efeito* a que se pretende produzir.

Os juristas internacionais defendem a categorização das normas em *ordinária internacional* e *jus cogens* devido à suas consequências legais. E nesse contexto, enquanto as normas ordinárias de direito internacional podem ser simplesmente suprimidas ou modificadas, as normas *jus cogens* não estariam propensas a tais alterações, indicando um processo muito mais solene para essa ocorrência, ou seja, a criação de uma nova norma com a mesma natureza e mesmas características. Esse efeito é o que Linderfalk sustenta ser a *Teoria das Consequências Legais como Critério*¹⁸³.

A propósito do tema, Verdross divide o *jus cogens* em três grupos distintos¹⁸⁴:

- (i) regras de interesse da comunidade internacional como um todo, o que também significa a exclusão de normas proibidas pelo próprio *jus cogens*, a usurpação de poderes

¹⁸² FOCARELLI, Carlo. Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects. **Nordic Journal of International Law**, Leiden, v.77, pp. 429-459, 2008, p. 459.

¹⁸³ “[...]a *Teoria das Consequências Legais como Critério* implica que a normatividade do direito internacional é bipolar. Ela sugere que as normas jurídicas internacionais são ou anuláveis ou não-anuláveis, e que, por isso, pode-se falar de dois tipos de normas: normas do direito internacional comum e as normas de *jus cogens*. Na realidade, a diferença entre *jus cogens* e do direito internacional ordinário é mais uma questão de graus do que de espécie.” In: LINDERFALK, Ulf. What Is So Special About Jus Cogens? On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law. **International Community Law Review**, Leiden, v.14, pp.3-18, 2012. p.15

¹⁸⁴ VERDROSS, Alfred. *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law. **American Journal of International Law**. Washington D.C. v. 60, pp. 59-60, 1966.

- de terceiros Estados, ou imposição de restrição de liberdades que impossibilite a esses Estados de cumprirem suas obrigações perante a comunidade internacional;
- (ii) regras com propostas humanitárias, sem distinção de cor, credo, gênero; e
 - (iii) regras inerentes ao uso da força, que foram introduzidas pela Carta da ONU: absterem-se os Estados da ameaça (exceção à defesa coletiva e individual); solução de controvérsias internacionais por meios pacíficos e assistir às Nações Unidas em ações realizadas com base na Carta, o que significa não prestar auxílio a Estados aos quais tenham sido aplicadas sanções internacionais pelo Conselho de Segurança.

É essencial compreender-se a universalidade do *jus cogens* e a extensão dos efeitos da soberania permanente se classificada nesses termos. Embora com respeitáveis opiniões dissonantes¹⁸⁵, a soberania permanente enquanto *jus cogens* encontra grandes reverberações na doutrina. Para Sands, o PSPRN (juntamente com o princípio da ação preventiva) está suficientemente estabelecido de modo até mesmo a motivar uma demanda internacional, refletindo uma obrigação legal costumeira internacional, segundo a qual sua violação poderia originar uma ação judicial¹⁸⁶. Esta também é a opinião de Brownlie, conferindo ao princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais – juntamente com o princípio da autodeterminação –, o *status* de *jus cogens*¹⁸⁷.

Enquanto a maioria das normas de direito internacional são comumente classificadas como *jus dispositivum*, ou seja, regras ordinárias e desprovidas de um caráter mais solene, a classificação do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais como *jus cogens* sem dúvida o reveste com importância fundamental perante o imenso aparato normativo que permeia o direito ambiental internacional. Sobretudo, deixa ainda mais perceptíveis os direitos e obrigações inerentes ao princípio, corolário da classificação superior frente às demais normas.

¹⁸⁵ SCHRIJVER, op. cit., p.377

¹⁸⁶ SANDS, op. cit., p.231.

¹⁸⁷ BROWNLIE, op. cit., p.411.

3.3 A PRÁTICA DO PSPSRN

Caso concernente ao Timor Leste (Portugal vs. Austrália)

Um dos casos em que o conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais se tornou mais evidente foi o *Caso Concernente ao Timor Leste*¹⁸⁸, quando Portugal instaurou procedimentos contra a Austrália na Corte Internacional de Justiça.

Em 11 de dezembro de 1989 a Austrália havia negociado um tratado com a Indonésia criando uma zona de cooperação em uma área entre a província indonésia do Timor Leste e o Norte da Austrália. Ocorre que à época o Timor Leste não era um território independente e era sujeito à administração de Portugal - uma herança do colonialismo. Portugal então apresentou sua principal alegação, acusando a Austrália de haver violado sua obrigação internacional em respeitar a autodeterminação e a soberania do Timor Leste sobre seus próprios recursos e riquezas naturais.

A solução para o caso deu-se apenas no campo procedimental, uma vez que a Indonésia deveria constituir-se como parte mas não aceitou se submeter ao julgamento da Corte¹⁸⁹, o que lhe era de direito. A Austrália então apresentou defesa alegando que na verdade a disputa deveria ser dirigida à Indonésia – que seria parte juntamente com a Austrália – tese acatada pela Corte. Embora o requerimento de Portugal de prosseguir o julgamento apenas contra a conduta da Austrália, a CIJ entendeu que o assunto principal teria que necessariamente abordar as relações com a Indonésia, o que o Tribunal estava impedido devido a declinação deste país à sua jurisdição.

Embora a decisão tivesse um desfecho de caráter procedimental, verifica-se que a questão poderia hipoteticamente ter sido enfrentada pela Corte e que a decisão necessariamente passaria por uma análise detida da autodeterminação do povo do Timor Leste e do exercício da soberania sobre suas riquezas naturais.

Bolívia e Petrobrás

¹⁸⁸INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **East Timor (Portugal v. Australia)**. Merits. The Hague, 1995. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=430&code=pa&p1=3&p2=3&case=84&k=66&p3=5>>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹⁸⁹ Art. 36, §2, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Embora não tenha alcançado os tribunais nacionais e internacionais, um dos mais recentes e interessantes casos de nacionalização de recursos naturais baseados no princípio da soberania permanente¹⁹⁰ foi patrocinado pela Bolívia, em 2006.

A América Latina passou por um período em que os governos populares de alguns países produtores e exploradores de gás e petróleo basearam seus governos em campanhas internas de soberania total sobre estes recursos. Conhecido como *populismo energético*, os governos de Morales, Chávez, Lula - e mais recentemente Cristina Kirchner -, reafirmaram a soberania permanente sobre seus recursos naturais de forma a afastar boa parte do investimento externo e privilegiar empresas nacionais, sejam públicas ou privadas. Porém, dentre os processos de nacionalização de recursos energéticos na América Latina, indubitavelmente o processo de internalização da produção, refino, transporte e comercialização de petróleo e gás natural mais contundente foi o boliviano¹⁹¹.

A Petrobras vivenciava nos anos 2000 um ascendente processo de internacionalização e especialmente em solo boliviano vinha atuando por intermédio de seis companhias, participando de todas as fases da produção de hidrocarbonetos, principalmente pela Petrobras-Bolívia S/A (PEB).

Porém, em referendo promovido em 2004 a população boliviana optou por privatizar os setores de gás e petróleo nacionais. Essa decisão popular foi oficializada em maio de 2006, quando então o Presidente Evo Morales instituiu o Supremo Decreto de Nacionalização n. 28.701. Além da expropriação de 51% do controle das refinarias estrangeiras (repassado à YPFB – estatal petrolífera da Bolívia), o Decreto previa que as empresas estrangeiras de extração de óleo e gás em operação na Bolívia passariam a repassar 82% de tributos em detrimento aos 50% então vigentes.

Ocorre que o populismo energético de Morales não poderia ser executado apenas pelas forças locais, abrindo novamente espaço para parceiros comerciais com a renegociação dos contratos até então

¹⁹⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. **Journal of World Energy Law & Business**, Oxford, v. 2, n. 2, pp.129-148, 2009, p.130.

¹⁹¹ Ver: CEPIK, Marco; CARRA, Marcos. Nacionalização Boliviana e Desafios da América do Sul. **Observatório Político Sul-Americano**, Rio de Janeiro, pp.1-08, abr. 2006.

vigentes. Com o passar dos anos vários acordos com empresas internacionais foram costurados pelo governo, normalizando a exploração energética naquele país.

A atual situação do setor energético da Bolívia é o controle de 100% das refinarias pelo Estado, que também detém a maioria de ações na empresa de transporte de hidrocarbonetos local¹⁹². De qualquer forma, é evidente o deslinde da ação boliviana com fulcro no princípio da soberania permanente e na autodeterminação de seu povo em relação ao aproveitamento e exploração de seus recursos naturais.

Canal do Panamá

Após ter se tornado independente da Colômbia em 1903, o Panamá pactuou com os estados Unidos o Tratado de Hay-Bunau-Varilla, pelo qual, em linhas gerais, os americanos forneceriam toda a proteção naval contra um eventual ataque colombiano e, em contrapartida, receberiam os direitos sobre o uso, ocupação e controle de faixa de terra e água para a construção do canal que ligaria o Atlântico ao Pacífico.

Com o término da construção do canal em 1914 os Estados Unidos receberam o aval do governo panamenho para gerir o canal, exercendo jurisdição e todos os demais direitos com fins de operá-lo. Porém, na década de 60, o Panamá requereu a revisão do tratado inicial de forma a pretender reter também a jurisdição sobre a zona em que se encontra o canal. Apenas em 1977 foram concluídas as renegociações, restando aos Estados Unidos o dever de proteção, operação e defesa do canal.

É interessante verificar o processo de negociação deste novo tratado que veio a garantir ao Panamá a soberania sobre a zona territorial na qual o canal estava inserido. Na reunião do Conselho de Segurança da ONU de 1973 – articuladamente realizada em solo panamenho -, sucederam-se contundentes manifestações contra a hegemonia americana na gerência do canal. A opinião da ampla maioria era a de que as aspirações do Panamá em reaver jurisdição sobre seu território eram, senão, justas, e que o país tinha o direito de exercitar a soberania permanente sobre seus recursos naturais, no caso o próprio canal¹⁹³.

¹⁹² RIBEIRO, op. cit., p.136

¹⁹³ Ver: AGUIRRE, Robert W. **The Panama Canal**. v.15. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

Por sua vez, os Estados Unidos se manifestaram sem impor objeções quanto ao direito panamenho do pleno exercício da soberania permanente, porém ratificaram sua contrariedade quanto à apresentação desse tema perante o Conselho de Segurança¹⁹⁴, e, invocando a Resolução 1803 (XVII), frisaram a boa-fé dos acordos de investimentos estrangeiros e a apropriada compensação em caso de nacionalização de propriedade.

O resultado do caso Panamá – Estados Unidos foi a edição da única Resolução do Conselho de Segurança¹⁹⁵ da ONU (Resolução 330/1973) a tratar da soberania permanente sobre os recursos naturais.

3.4 DIREITOS E OBRIGAÇÕES INERENTES À SOBERANIA PERMANENTE EM UM MUNDO INTERDEPENDENTE

A responsabilidade quanto à proteção ambiental imanente à soberania permanente se dá por um conjunto de fatores intimamente conectados. Resoluções têm conotação de costumes; o direito a um ambiente preservado é hoje um aclamado princípio dos direitos humanos; e o desenvolvimento sustentável é multifacetado, ora aparecendo expressamente em tratados, ora como costume ou princípio. Tecnicamente as Resoluções da Assembleia Geral da ONU não podem impor obrigações *stricto sensu* aos Estados. Mas então, o que poderia? Apenas os tratados e costumes?

Ao concluir-se que a soberania desde o séc. XX é tida como limitada em razão da sua funcionalidade, percebe-se que alguns de seus principais paradigmas sofreram uma modulação em seus efeitos. Ora, para ser parte da comunidade internacional não basta ao Estado apenas opor sua soberania e autodeterminação como critério de validade de seus direitos: é necessário comprometimento com os demais Estados para a própria sobrevivência em um mundo multilateral. Hurrell conceitua este estado como *solidarismo coercitivo*, ao que qualifica como sendo “*um dos mais importantes desenvolvimentos da sociedade internacional*,”

¹⁹⁴ O tema era mais particularmente orientado a decisões da Assembleia Geral.

¹⁹⁵ “*O Conselho de Segurança da ONU, de acordo com suas funções de manutenção da paz, é uma das poucas organizações que podem adotar decisões vinculantes. Em suas ações relativas à destruição ambiental do Golfo Pérsico como consequência da campanha contra o Iraque, indicou uma intensificado preocupação de caráter ambiental durante o conflito armado.*” In: KISS; SHELTON, op. cit., p.91

geralmente operando na penumbra em torno do coração formal da ordem legal”¹⁹⁶.

Partindo-se desse conceito, alguém poderia facilmente concluir que a interdependência dos dias atuais é a própria gênese das obrigações dos Estados perante a comunidade internacional. Nesse sentido, o conceito de *soberania cooperativa* integra mais do que o valor das normas – pura e simplesmente. É necessário atentar-se ao aspecto da funcionalidade da soberania enquanto exercida na ordem internacional. Assim,

uma análise funcional da soberania inicialmente mostrará que a compreensão de soberania cooperativa é capaz de fornecer a base conceitual necessária para promoção da paz internacional, prosperidade e bem estar. Esse entendimento de soberania é particularmente indispensável ao tratar das ameaças ambientais mais importantes atualmente. Consequentemente, uma abordagem racional e funcional da soberania incluiria na própria soberania a obrigação de cooperar¹⁹⁷.
(tradução nossa)

Portanto, a ênfase da sociedade internacional tem mudado significativamente passando da mera coexistência¹⁹⁸ à própria cooperação, porquanto que a soberania dos Estados não se limita apenas ao direito internacional, de forma linear. Progressivamente o direito internacional tem partido de baixo, dos próprios valores individuais das pessoas, criando uma ordem objetiva de proteção aos direitos humanos. Nota-se que com o tempo a efervescente rede de tratados multilaterais, Resoluções e declarações têm transformado essa ordem, criando não

¹⁹⁶ HURREL; KINGSBURY, op. cit., p.65

¹⁹⁷ PERREZ, op. cit., p.4

¹⁹⁸ A clássica definição traz que “*obrigações estritas somente podem ser ditas existirem quando uma forma prescrita de conduta é imposta a um assunto pré-identificado, correspondendo a igual direito de demandar por essa conduta. Obrigações stricto sensu, portanto, criam responsabilidades*”. Já os deveres (*duties*) denotam um senso mais fraco, inoponível contra terceiros (ao menos diretamente). Porquanto o termo *responsabilidade* do Estado é considerado como compulsório, as obrigações (objeto deste estudo) deverão ser exercidas como expectativas legítimas, partindo-se do sistema de cooperação ou pressão internacional. In: SCHRIJVER, op. cit., p.307

apenas obrigações *erga omnes* entre os Estados, mas enfatizando (e impulsionando) a cooperação entre eles.

No que tange a soberania permanente sobre os recursos naturais, resta evidente a sua força e eficácia, seja considerada como *jus cogens*, princípio ou costume internacional. Uma vez ultrapassada essa discussão, cabe a análise dos direitos e obrigações inerentes à soberania permanente e qual o principal impacto das obrigações que dela derivam.

3.4.1 Direitos inerentes à soberania permanente sobre os recursos naturais

Os direitos inerentes à soberania permanente, de uma forma geral, estão mais expressos nas Resoluções da Assembleia Geral e demais acordos e declarações internacionais do que propriamente as obrigações ali inculcadas. Não se deve esquecer que a gênese da soberania permanente sobre os recursos naturais na ONU foi no sentido de assegurar aos países subdesenvolvidos acesso irrestrito e gerenciamento de suas próprias riquezas. Por isso, obviamente, o que sempre se buscou foi um alargamento de direitos – muito mais do que as obrigações – porque estas últimas geralmente agregam custos.

Os direitos inerentes à soberania permanente “*são uma prerrogativa exclusiva do Estado, incluídos em seus atributos e impossíveis de cessão*”¹⁹⁹. Analisando-se as Resoluções pertinentes²⁰⁰, podem ser encontrados os seguintes direitos²⁰¹:

- (i) direito de dispor livremente dos recursos naturais;
- (ii) direito de compensação por danos causados aos recursos naturais;
- (iii) direito de uso dos recursos naturais para desenvolvimento nacional;
- (iv) direito de autodeterminar a política ambiental própria;
- (v) direito de resolver disputas com base no direito doméstico.

Desde o seu surgimento como Resolução da ONU, a motivação da soberania permanente foi reflexo da situação de penúria dos países

¹⁹⁹ ELIAN, op. cit., p.14

²⁰⁰ Especialmente as Resoluções AG 626, 1803, 2158 e 3107.

²⁰¹ Schrijver ainda nomina outros direitos, como a regulação, expropriação e nacionalização de investimento estrangeiro e direito equitativo em recursos naturais transfronteiriços.

subdesenvolvidos e dos recém-descolonizados, em sua grande maioria contando apenas com seus recursos naturais como única fonte de riqueza²⁰². Por serem apenas colônias ou por não estarem em condições de melhor negociar os contratos de exploração dos recursos com empresas estrangeiras, era natural que estes Estados se submetessem a situações de desequilíbrio contratual, praticamente loteando seu território. Assim, com o surgimento da Resolução, o direito ao uso e aos frutos da utilização desses recursos de forma mais justa e compensadora trouxe uma grande oportunidade a esses países.

Essa é a principal razão para concluir-se que, de uma forma geral, o principal direito reservado aos Estados seja efetivamente o da livre disposição de seus recursos naturais e o direito de nacionalização para criar condições ao desenvolvimento.

3.4.2 Obrigações inerentes à soberania permanente sobre os recursos naturais

O exercício da soberania permanente é intimamente relacionado com a interdependência, reciprocidade e a cooperação. Desde sua aparição na ONU em meados dos anos 50 seu propósito era o de desenvolvimento dos Estados economicamente atrasados - porém com grande riqueza de recursos. A Resolução 1803 (XVII) orienta que o exercício da soberania permanente deva ser em prol “*do interesse do desenvolvimento nacional*” e do “*bem estar do povo daquele Estado*”.

Embora mais restritas que os *direitos* derivados da soberania permanente, as obrigações demonstram justamente essa finalidade. Em uma nova ordem econômica, com a adesão à comunidade internacional de dezenas de países recém-descolonizados e ainda em formação, a soberania permanente, mais do que garantir o acesso irrestrito aos recursos próprios visando a redução da pobreza, apresentou como obrigação implícita a *responsabilidade ambiental*. Parece lógica essa preocupação, uma vez que agindo independentemente de qualquer limite de exploração e utilização dos recursos naturais estes se tornariam escassos (ou mesmo extintos), agravando ainda mais o problema dos países em desenvolvimento internamente e no cenário internacional.

Embora também seja essencial, o aspecto econômico passou a ter menor influência ao estudar-se as obrigações inerentes à soberania permanente nesse início de século XXI. A mudança de valores no decorrer dos anos revela a variável ambiental como principal fator de

²⁰² ELIAN, op. cit., p.17

inquietação, especialmente quando equipara a soberania permanente com o dever de prevenção aos danos transfronteiriços²⁰³. É justamente nesse sentido que o princípio 21 da Declaração de Estocolmo estabeleceu que

em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.

Esta conotação reformula o princípio do *sic utere tuo ut alienum non laedas*, tradicional conceito ambiental de “*usar sua propriedade de forma a não causar dano a de outrem*”²⁰⁴. Ademais, outras obrigações ainda podem ser encontradas, porém, dentre todas, quatro prevalecem:

- (i) obrigação de cooperar para o desenvolvimento sustentável global;
- (ii) obrigação à conservação e uso sustentável das riquezas e recursos naturais
- (iii) obrigação ao respeito pelo direito internacional e justo tratamento aos investidores estrangeiros; e
- (iv) obrigação à prevenção do dano ambiental transfronteiriço.

De uma forma geral as obrigações relativas ao PSPSRN dividem-se em dois grupos principais: uma econômica (identificadas pelo dever de compensação em eventual nacionalização de investimento estrangeiro) e as obrigações de cunho ambiental (principalmente). Nota-

²⁰³ “*Vários regras costumeiras de direito ambiental internacional emergiram ou estão emergindo da prática estatal. Em particular, nenhum Estado deve causar ou autorizar que seu território seja utilizado para causar danos ao ambiente de outros países. Esta norma primeiro ascendeu na jurisprudência internacional e foi posteriormente formulada no Princípio 21 da Declaração de Estocolmo antes de ser adotada e reafirmada em outros inúmeros instrumentos internacionais vinculantes ou não*”. In: KISS; SHELTON, op. cit., p.85

²⁰⁴ PERREZ, op. cit., p.1201

se que as obrigações são um reflexo dos próprios direitos inerentes à soberania permanente, pois a partir do momento que cabe ao Estado a gestão soberana dos seus recursos, nasce daí uma obrigação diretamente proporcional de conservação e disponibilização em benefício das futuras gerações.

Ainda, é interessante ressaltar que as obrigações adjacentes à soberania permanente sobre os recursos naturais podem ser consideradas como uma limitação ao próprio princípio. A CERDS – proclamada pela Resolução 3281 da Assembleia Geral, incluiu justamente esses limites, impondo que os países deveriam proteger e preservar o ambiente, principalmente visando evitar o dano a terceiros países ao explorar recursos transfronteiriços.

Conforme se vê, as principais responsabilidades dos Estados inerentes ao PSPSRN são, de fato, as de cunho ambiental, reservando ao desenvolvimento sustentável a convergência de boa parte dessas obrigações.

3.5 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRINCIPAL OBRIGAÇÃO IMANENTE À SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS

A evolução das normas ambientais no decorrer das últimas décadas alterou sensivelmente a abordagem do princípio da soberania sobre os recursos naturais. Tal fenômeno ocorreu naturalmente, visto que a incorporação de novos preceitos de direito internacional sempre foi, desde o início, uma das características mais marcantes da soberania permanente. A análise das principais responsabilidades estatais e limitações inerentes à soberania permanente demonstra ser o desenvolvimento sustentável o ponto de convergência, que praticamente resume todas essas obrigações em apenas uma.

Compromissos com o desenvolvimento sustentável fazem parte de inúmeros tratados, acordos e declarações relativas às questões ambientais, econômicas e sociais, notadamente com maior intensidade a partir da edição do Relatório Brundtland (1987) e da Declaração do Rio (1992). Desde então, em direito internacional geral, o desenvolvimento sustentável passou a figurar como o principal alvo dos tratados²⁰⁵ envolvendo países tanto desenvolvidos quanto os em desenvolvimento,

²⁰⁵ Conforme salientado, não apenas os MEAs (*Multilateral Environmental Agreements*), porém tratados abordando os mais diversos assuntos na comunidade internacional.

além de adquirir papel de destaque em decisões judiciais de tribunais nacionais e internacionais²⁰⁶.

O desenvolvimento sustentável possui um importante viés econômico, mas pode ser considerado mais propriamente como um sólido conceito em direito ambiental internacional e relacionado aos direitos humanos. O desenvolvimento sustentável, nesse sentido, pode ser definido como “*um princípio de justiça, na medida em que estabelece condições de vida equitativas em um contexto transgeracional.*”²⁰⁷

Para Bosselmann,

[...]o desenvolvimento sustentável é um princípio de direito. Isto pode ser explicado pelo caráter normativo que o princípio da sustentabilidade apresenta para o significado do desenvolvimento sustentável. Segue-se que a sustentabilidade possui a qualidade de um princípio de direito definido como o dever de proteção e restauração da integridade dos sistemas ecológicos da Terra²⁰⁸. (tradução nossa)

A natureza jurídica do desenvolvimento sustentável é controversa, causando grandes discussões na doutrina. Embora mais recentemente alguns MEAs tenham aproximado o conceito de desenvolvimento sustentável aos direitos humanos²⁰⁹, para muitos ainda se trata apenas de um princípio geral. Para outros, conforme já salientado, o desenvolvimento sustentável é parte do direito costumeiro internacional²¹⁰. Porém, inobstante sua classificação e natureza jurídica, nota-se uma íntima ligação do desenvolvimento sustentável ao próprio conceito de soberania permanente. A obrigação de desenvolvimento por meio da exploração de seus próprios recursos e a necessidade de mantê-

²⁰⁶ BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. **Sustainable Development in International and national Law**. Groningen: Europa Law, 2008, p. 176.

²⁰⁷ VOIGT, op. cit., p.53

²⁰⁸ BOSSELMANN, op. cit., p.57

²⁰⁹ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Banjul, em vigor desde 1986) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (São Salvador, em vigor desde 1999).

²¹⁰ SHANMUGANATHAN, D.; WARREN, L. M. Status of sustainable development as a principle of national and international law: the Indian approach. **Journal of Environmental Law**, Oxford, v.9, n. 2, pp.387 - 447, 1997, p.399.

los para proveito das futuras gerações é determinante para a própria efetividade da soberania permanente. Neste ponto, convém destacar o importante papel das Nações Unidas em relação à proteção ambiental global. Enquanto principal fórum mundial de debates e decisões da comunidade internacional, sempre há oportunidade para encaminhar os objetivos do desenvolvimento sustentável baseado não apenas em auxílio externo, unilateral, mas no incentivo à cooperação econômica internacional para o bem comum. Dentro dessa realidade, a ONU tem se tornado “*centro para harmonização de ações dos Estados nos assuntos ambientais*”²¹¹.

3.5.1 A implementação e evolução do conceito de desenvolvimento sustentável

A Conferência de Estocolmo, de 1972, foi o sinal verde que atraiu a atenção internacional às questões ambientais²¹². Convencionou-se que a partir daquele momento a sociedade internacional precisava considerar a necessidade de instituírem-se princípios comuns de forma a inspirar as pessoas do mundo inteiro a preservar o ambiente em que estavam inseridos²¹³.

Embora essa perspectiva de cooperação e integração, ressalta-se a importância de se ter reconhecido, à época, a soberania permanente dos Estados em livremente explorarem seus recursos naturais e de acordo com sua política interna. Entretanto, os Princípios 2 e 5 de Estocolmo já alertavam sobre a correta conduta para exploração das riquezas do planeta, salvaguardando-as para benefício também das futuras gerações. Estocolmo, portanto, estabeleceu este importante marco entre a exploração dos recursos naturais visando o desenvolvimento conjuntamente com a preocupação relativa à proteção ambiental.

²¹¹ THACHER, Peter S. The Role of the United Nations. In: HURREL; KINGSBURY, op. cit., p.206

²¹² “*É inegável a influência dos princípios contidos na Declaração de Estocolmo e na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Outras declarações de princípios conduziram diretamente à criação de normas obrigatórias, incluindo a Carta Europeia da Água, a Recomendação da OCDE/1974 contendo princípios relativos à poluição transfronteiriça, e a Declaração UNEP/1978 de princípios de conduta em matéria ambiental para orientação aos Estados quanto a conservação e utilização harmoniosa dos recursos naturais compartilhados por dois ou mais países*”. In: KISS; SHELTON, op. cit., p.94

²¹³ SCHWARTZ, op. cit., p.128

O primeiro conceito mais elaborado (ou de maior representatividade) de desenvolvimento sustentável foi originalmente divulgado no Relatório Brundtland - também chamado de Nosso Futuro Comum -, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU²¹⁴. A Comissão foi hábil em demonstrar de forma convincente como o ambiente e o crescimento da economia estavam intimamente conectados em uma complexa rede de causa e efeito²¹⁵. Observa-se que nunca antes, de forma tão direta, o desenvolvimento e a proteção à natureza seriam colocadas lado a lado, em um só conceito, como o fora no Relatório. O texto final serviu para expor o consenso que deveria existir entre seus objetivos gerais e específicos e a inter-relação havida entre o aspecto socioeconômico e o ambiental²¹⁶.

Porém foi apenas após a Rio 92 que o conceito passou a compor a base dos instrumentos internacionais e a ser solidamente referido na prática dos tratados. Vários MEAs incorporaram expressamente o conceito de desenvolvimento sustentável, citando-se como exemplo a Convenção da Diversidade Biológica (1992), Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas (1992), a Convenção Anti-Desertificação (1994), além do Tratado de Marrakesh - um acordo com finalidade comercial (criou a OMC), mas em cujo preâmbulo apresenta como objetivo o desenvolvimento sustentável e o aproveitamento ótimo dos recursos naturais.

O desenvolvimento sustentável passa então a ser concebido como parte indissociável do direito internacional²¹⁷ e baseia-se na introdução de mudanças visando obstacularizar a exploração desmedida de recursos naturais nos processos de produção. Como a resiliência da natureza sempre foi objeto de discórdia ideológica entre os defensores do

²¹⁴ Relatório apresentado em 1987 perante a Assembleia Geral da ONU.

²¹⁵ ANDREEN, Willian L. Environmental Law and International Assistance: The Challenge of Strengthening Environmental Law in the Developing World. **Journal of Environmental Law**, Oxford, v.25, pp.17-69, 2000, p.21.

²¹⁶ Em sua obra, Bosselmann traça os primeiros cuidados com o desenvolvimento sustentável observados desde a idade média na Europa: “[...]a história da sustentabilidade está relacionada com a história do direito ambiental. Conceitos de sustentabilidade não foram inventados no final do século XX, mas cerca de 600 anos antes, quando a Europa continental sofreu uma grande crise ecológica. Entre 1300 e 1350 o desenvolvimento agrícola e utilização da madeira havia atingido um pico que levou a um desmatamento quase completo” In: BOSSELMANN, op. cit., p.13

²¹⁷ SCHRIJVER, op. cit., p. 23

desenvolvimento e os partidários da conservação ambiental, o desenvolvimento sustentável busca o equilíbrio entre as necessidades da atual geração e das gerações futuras, através de ações econômicas, sociais e ambientais, executado pela sociedade e reforçado pela lei. Seguindo essa nova perspectiva, o desenvolvimento sustentável é visto primeiramente como um princípio de direito ambiental internacional, que visa, sobretudo, informar e orientar as atividades e projetos de desenvolvimento²¹⁸ de forma a reduzir os riscos de escassez de recursos e de poluição inadequada do ambiente.

O último grande avanço do desenvolvimento sustentável sob a perspectiva do direito internacional foi a Carta da Terra, cujo processo em torno de sua aprovação representa um consenso global sem precedentes²¹⁹. O encontro Mundial de Johannesburg de 2002 demonstrou haver o reconhecimento da comunidade internacional quanto à importância desse documento, que além da mudança na arquitetura de tomadas de decisões no direito internacional, também mudou a integração de valores e princípios das Nações Unidas bem como o que a emergente sociedade civil global classifica como essencial. Assim, a Carta da Terra incorporou tratados que versam sobre sustentabilidade e que são de suma importância, como a Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção Anti Desertificação.

Entretanto, uma questão absolutamente prioritária para a efetividade dessas conquistas observadas no plano externo é o processo de internalização das normas que versam sobre desenvolvimento sustentável. A implementação da sustentabilidade no sistema jurídico nacional dos Estados é constituída a partir da introdução de normas internacionais que promovam o desenvolvimento sustentável em um tempo hábil de adaptação, para então passar-se a exigir os comandos ali existentes. Nesse sentido, a *International Law Commission* recomenda que os textos finais de tratados e acordos internacionais – bem como seus princípios –, sejam ajustados e modificados de acordo com a realidade estatal e efetivados por iniciativa local de ratificação,

²¹⁸ A aplicação de seus elementos, neste caso, vai depender do modelo de empreendimento a ser realizado: se mineração, pesca ou indústria; deverá ser identificado por quem será feito: se através de investimento estrangeiro ou governamental; deverá avaliar a natureza e extensão de uso dos recursos naturais: terra, água, ar e seus componentes – e, finalmente, as responsabilidades no processo. In: SCHWARTZ, op. cit., p.135

²¹⁹ BOSSELMANN, op. cit., p.74

implementados com base em sua autoridade legal e administrativa. Porém, não basta apenas envidar esses esforços para tornar vigente uma nova norma discutida e aprovada na comunidade internacional. Deve-se manter o monitoramento dos desdobramentos que tal norma adquire com o passar do tempo e transpô-las para a legislação interna. Jutta Brunée observa a dificuldade geralmente enfrentada ao adequar-se a legislação local às normas internacionais de caráter ambiental:

[...] a aplicação da lei é um conceito muito mais multifacetado do que normalmente aceito, que engloba um amplo espectro de meios para o seu cumprimento. [...] Quando um conjunto de lentes teóricas é sobreposto em uma experiência local de cumprimento de Acordos Ambientais Multilaterais, diferentes conclusões podem emergir.

Ainda existe uma percepção comum de que normas de direito internacional são meramente consensuais. De fato são, em razão do próprio exercício da soberania estatal quando da pactuação de acordos ou tratados internacionais. Porém a aplicação do direito ambiental internacional, cuja natureza também é consensual, não pode ser considerada ineficiente simplesmente por não haver uma sanção que a obrigue. Nesse sentido, Brunée afirma que *“é tempo de deixar para trás a sombra projetada pela dupla diabólica obrigação-sanção. Não há necessariamente uma conexão entre a aplicação da norma e seu efeito vinculativo ou a sua eficácia”*.

Assim, parece que os partidários da opinião de ineficácia das normas internacionais que versam sobre desenvolvimento sustentável, baseiam-se em uma concepção excessivamente restrita de execução, ou seja, a imposição e a penalidade. Dessa forma eles ignoram o conjunto de mecanismos de aplicação que estão dispostos nos acordos ambientais multilaterais, excluindo o amplo espectro de processos coletivos de justificação, deliberação e julgamento dessas normas. Além disso, o exercício efetivo de direitos em questões ambientais somente será possível pela existência de alguns mecanismos destinados especificamente para lidar com questões ambientais ou simplesmente usado para esse fim – e geralmente providos pelas Organizações Internacionais²²⁰, como a UNFCCC, por exemplo.

²²⁰ DÉJEANT-PONS, Maguelonne; PALLEMAERTS, Marc. **Human Rights and the Environment**. Strasbourg: Council of Europe, 2002, p.31

Por último, é importante ressaltar que no nível interno a construção de uma sólida política ambiental nacional a partir do conceito de desenvolvimento sustentável - bem como uma eficaz estratégia nacional de conservação -, deve basear-se anteriormente em uma completa compilação e análise da legislação existente, combinada com uma revisão dos atuais mecanismos normativos. Tal análise sistemática é necessária para identificar problemas como inconsistências de abordagem, estatutos obsoletos, leis simplesmente copiadas diretamente e sem critério de países desenvolvidos, falta de regulação sobre a implementação, escassez de dispositivos de controle administrativo, a falta de mecanismos como penalidades civis e medidas cautelares e provisões excessivamente permissivas²²¹.

O futuro do desenvolvimento sustentável

Passados 40 anos desde a Conferência de Estocolmo é notável a evolução em torno do conceito de desenvolvimento sustentável. E não se faz referência apenas em relação a medidas juridicamente vinculantes de proteção ambiental na forma de tratados e do direito costumeiro internacional. Nota-se que novos conceitos jurídicos e os revigorados princípios ambientais cada vez mais põem em xeque as fronteiras tradicionais entre o *público* e o *privado* do direito internacional, e entre o próprio direito internacional e o direito doméstico.²²²

O desenvolvimento sustentável está paulatinamente passando de um conceito ambiental ordinário para uma conotação de responsabilidade global solidária, levando em consideração a proteção dos recursos naturais e a modificação dos padrões de produção e consumo. E nessa amplitude de novas definições a vertente mais instigante é sem dúvida aquela que compara o direito ao desenvolvimento sustentável a um direito humano essencial.

O ambiente e os direitos humanos tendem a orientar-se sob uma única perspectiva, que é a atenção especial aos indivíduos e grupos de pessoas que vivem marginalizadas e em situação de miséria. Estes grupos precisam de especial atenção, uma vez que são os mais suscetíveis às consequências dos problemas ambientais, enfrentando

²²¹ ANDREEN, op. cit., p.32

²²² BIRNIE; BOYLE, op. cit., p.27

dramáticas situações de retirada de seu lar, ondas de refugiados, migração e relocação²²³. Portanto,

uma série de conexões entre o ambiente e certos direitos humanos tem sido estabelecida. Estes incluiriam o direito a vida, comida, água, saúde, moradia, propriedade, participação política, liberdade de informação, associação, expressão e direito à cultura²²⁴.

Nota-se que atualmente ainda não há a percepção de que o direito ao ambiente sustentável confunde-se com o próprio direito à vida. Parece obvio afirmar que sem um ambiente preservado a própria existência humana estaria ameaçada. Dessa forma, alguns avanços em direitos humanos poderiam servir de modelo para o desenvolvimento sustentável, principalmente quando se refere à pressão política internacional.

Sob este viés, convém salientar que a efetividade e eficiência do desenvolvimento sustentável requer que alguns padrões sejam estabelecidos em um nível internacional, relacionados não apenas aos aspectos de políticas, mas também relacionados aos processos de tomadas de decisão. Porém, não se trata apenas e tão somente de desenvolver a legitimidade de tais processos de tomadas de decisão visando alcançar a sustentabilidade²²⁵, afinal este deveria ser um processo natural e automático em razão da fragilidade e irreversibilidade do bem tutelado. O que se busca é o definitivo e inafastável comprometimento da comunidade internacional com o desenvolvimento sustentável para garantir manutenção da própria existência do planeta.

²²³ ALFREDSSON, Gudmundur. Human Rights and the Environment. In: LEARY; PISUPATI, op. cit., p.127

²²⁴ ALFREDSSON, op. cit., p.128

²²⁵ HEY, Ellen. Sustainable Development, Normative Development and the Legitimacy of Decision Making. **Netherlands Yearbook of International Law**, Den Haag, v. 34, pp. 3 – 53, 2003, p.11.

4 O PRÉ-SAL: POSSIBILIDADES E LIMITES EM RAZÃO DA SOBERANIA E PROTEÇÃO AMBIENTAL

As recentes descobertas de um grande volume de recursos²²⁶ de petróleo e gás natural na camada pré-sal localizada nas bacias sedimentares da plataforma continental brasileira têm concentrado praticamente a totalidade das discussões no aspecto econômico da atividade. Porém, juntamente com as aparentes benesses econômicas, urge a necessidade de analisar o imenso reflexo ambiental que é inerente à atividade petrolífera.

O recente exemplo da *Deepwater Horizon* levanta um profundo questionamento sobre os valores de uma nação. De considerável importância estratégica, por exemplo, a defesa do país e a projeção do poderio militar dependem dos recursos energéticos e especialmente dos hidrocarbonetos. Estariam, entretanto, as nações dispostas a sacrificar seu poder e seu bem-estar pela preservação do ambiente marinho? Além disso, qual seria a disposição das pessoas comuns, dos cidadãos, em aceitarem “compensações”²²⁷ em troca do risco onipresente? Qual a visão do futuro em relação ao abastecimento de energia, “dada a trajetória atual e insustentável do petróleo”?²²⁸.

²²⁶ “Recurso é a quantidade total de recursos naturais finitos (hidrocarbonetos), descobertos ou não, recuperáveis ou não. [...]é essencialmente uma estimativa da quantidade de óleo no local. Assim, quando o petróleo (carvão ou gás natural) não é mais produzido em uma bacia, suas reservas são anuladas, mas não os seus recursos, porque parte do óleo pode não ter sido recuperado. Métodos de recuperação avançados podem, conseqüentemente, aumentar as reservas, mas não os recursos. In: SZKLO, Alexandre; MACHADO, Giovani; SCHAEFFER, Roberto. Future oil production in Brazil: Estimates based on a Hubbert model. **Energy Policy**, Hastings, v. 35, pp.2360-2367, 2007, p.2361.

²²⁷ “[...]a natureza compensatória dos royalties justifica sua utilização na respectiva região costeira adjacente aos campos de produção, desde que impactadas pela atividade. A finalidade dessa utilização está na recomposição dos impactos ambientais, sociais e econômicos ocasionados pela atividade exploradora.”, In: SEABRA, Alessandra Aloise de; FREITAS, Gilberto Passos de; POLETTE, Marcus; CASILLAS, T. Ángel Del Valls. A promissora província petrolífera do pré-sal. **Rev. Direito GV**, v.7, n.1, pp. 57-74, 2011, p. 70.

²²⁸ PETTIT; NEWMAN, op. cit., p.187

O impacto ambiental das descobertas e lavra do pré-sal não se resume apenas ao ambiente marinho. O crescente consumo e as emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE) são relevantes indicativos que demonstram o atual quadro da poluição oriunda do setor. Números demonstram que as emissões fugitivas cresceram cerca de 115% de 1990 a 2008, sendo que em termos absolutos esse incremento representa cerca de 8,2 milhões de toneladas de CO₂²²⁹.

Diante desse quadro, a tutela ambiental está sendo de alguma forma amparada? Existem elementos jurídicos hábeis a garantir à população brasileira a exploração de petróleo de uma forma menos danosa ao ambiente? Se a resposta for positiva, quais seriam os princípios, convenções internacionais e legislação nacional aplicável? Essas são algumas das questões que o presente capítulo pretende refletir.

4.1 ASPECTOS GERAIS DO PRÉ-SAL

4.1.1 Definição e características

As perfurações de poços na bacia de Santos remontam alguns anos anteriores à principal descoberta, ocorrida em 2006. Nesse ano, em uma das perfurações mais profundas realizadas no mundo até então, chegou-se a cerca de 7.600 metros a partir do nível do mar e finalmente foi encontrada uma grande jazida no pré-sal. A descoberta era composta basicamente de um grande acúmulo de gás e imensos reservatórios de condensado de petróleo – seu componente leve. Esse fato, por si só, demonstrava à época um grande avanço tecnológico devido à grande profundidade em que se estava operando. O mais impressionante, porém, ocorreria pouco tempo depois, em que perfurações realizadas na mesma Bacia de Santos alcançariam novas jazidas a cerca de 4.500 metros de profundidade²³⁰, porém dessa vez sendo encontrados indícios de óleo logo abaixo da camada de sal. Foram sete perfurações e todas

²²⁹ MENDES, Tiago de Araújo; RODRIGUES FILHO, Saulo. Antes do pré-sal: emissões de gases de efeito estufa do setor de petróleo e gás do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 26, n. 74, pp.203-217, 2012, p.212.

²³⁰ Apesar de a capacidade técnica de exploração de petróleo em águas profundas ser dominada por várias empresas do setor, é inegável o desafio do Estado brasileiro, por intermédio da Petrobras, em acessar tais reservas a mais de 4.500 metros de profundidade em ambiente oceânico. In: *Ibid.* p.205

bem sucedidas encontrando petróleo de qualidade superior²³¹ (baixa acidez e teor de enxofre) em todas elas. Apenas no campo de Tupi, na Bacia de Santos, a expectativa é de que as reservas alcancem 8 bilhões de barris de petróleo, tornando-se a maior descoberta nas Américas nos últimos 30 anos²³².

Situada cerca de seis mil metros sob a superfície marinha, a camada pré-sal é composta por uma formação rochosa porosa e localiza-se imediatamente após uma extensa camada de sal, de até dois mil metros de espessura. Nesse ambiente de altíssima pressão e temperatura – cerca de 100°C, o petróleo e o gás ficam armazenados justamente nos poros das rochas. Ocorre que essas condições de extremo calor e alta pressão contribuem para um estado deformativo das rochas, tornando-as maleáveis e elásticas, dificultando a perfuração e manutenção do poço.

Essas recentes descobertas trouxeram um novo ânimo para a atividade no Brasil, porém este seria apenas o início de um grande trabalho de desenvolvimento de tecnologia, planos e projetos visando extrair o rico material da camada pré-sal, além da preocupação quanto aos riscos ambientais inerentes. Ao perfurar o solo marinho na atividade extrativista, em um ambiente inóspito e desconhecido, impõe-se uma atenção redobrada quanto a planos emergenciais de contingência em caso de acidentes, tal qual ocorrido na *Deepwater Horizon*.

Todos os materiais e equipamentos necessários a essa operação são concebidos de acordo com as condições adversas de extração, como as já citadas altas temperaturas e pressão, maleabilidade da formação rochosa e a feroz corrosão provocada pelo dióxido de enxofre presente na camada. Vale ressaltar uma vez mais que as perfurações e a extração

²³¹ “a qualidade do petróleo é medida pela escala API, desenvolvida pelo Instituto Americano de Petróleo (API, na sigla em inglês), segundo a qual um óleo com densidade maior que 30° API é classificado como leve, enquanto um óleo pesado tem menos de 19° e apresenta alta viscosidade e alta densidade. A referência internacional de alta qualidade é o petróleo com mais de 40° API, como é o petróleo árabe. No Brasil, o petróleo de melhor qualidade foi descoberto em 1987, em Urucu, na Amazônia, e possui 44° API.” In: GOUVEIA, Flávia. Tecnologia nacional para Extrair Petróleo e Gás no Pré-Sal. **Conhecimento & Inovação**. 2010, v. 6, n. 1, pp. 30-35. Disponível em <http://Inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-43952010000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 ago. 2011.

²³² VALADÃO, Marcos; PORTO, Nara Galeb. Brazilian response to international financial crisis, the pre-salt discovery by Petrobras and the new free trade areas in the cities of Brazil. **Law And Business Review Of The Americas**, Texas, v. 15, pp.673-680, 2009, p. 679.

são realizadas a centenas de quilômetros da costa²³³, apresentando-se como um entrave logístico diante da impossibilidade factual momentânea de serem construídos e instalados dutos para o transporte do petróleo até as zonas de processamento em terra.

É importante frisar que existem várias tecnologias atualmente sendo consideradas para permitir o transporte do gás recém-extraído do pré-sal.²³⁴ Uma delas indica a transformação do gás de estado gasoso para o estado líquido, ou GTL – *gas to liquid* – e Gás Natural Liquefeito – GNL, o que resolveria esse importante entrave logístico, pois permitiria o transporte do material líquido por longas distâncias. A transformação do gás em matéria líquida resolveria, também, um problema ambiental de grande vulto. Em plataformas de produção *off-shore* a queima do gás para sua transformação e posterior transporte é extremamente danosa ao ambiente. Por outro lado, os tubos que futuramente farão a vazão do petróleo precisam ser especialmente resistentes a ponto de evitar a extrema corrosão própria de ambientes salinos e leves o suficiente para permitir seu transporte até a plataforma de extração e posterior montagem da estrutura extrativista (*rigs e pipes*).

A articulação para extração e comercialização do petróleo e gás no pré-sal definitivamente servirá como alavanca à busca de novas tecnologias e desenvolvimento do que se dispõe, hoje, em conhecimentos relativos a materiais e equipamentos. A construção das plataformas P-55 e P-56 e as centenas de embarcações, dentre petroleiros e barcos de apoio que serão encomendados pela Petrobrás, deverão movimentar o setor no país e gerar milhares de empregos diretos e indiretos, seja na construção naval ou treinamento e composição de novas tripulações.

Também se aguarda que a tecnologia deverá ser desenvolvida em outro importante aspecto relativo à extração do petróleo no pré-sal: a minimização dos impactos ambientais.²³⁵ Ao menos essa é a expectativa. A atividade está inserida em um ambiente extremamente

²³³ As jazidas no pré-sal estão localizadas aproximadamente entre 200 e 400 km (aprox. de 50 a 100 milhas náuticas) da costa brasileira, entre os estados de Santa Catarina e Espírito Santo, nas bacias de Santos, Espírito Santo e Campos.

²³⁴ GNC - Gás Natural Comprimido; HGN – Hidrato de Gás Natural; GTW – *Gas to Wire* e GTL – *Gas to Liquid*. In: BAIOCO, Juliana Souza. *et al. Custos e Benefícios Econômicos de Tecnologias de Transporte de Gás Natural no Brasil*. Campinas: ABGP, 2007, p. 1.

²³⁵ PINHO, Cláudio A. **Pré-Sal: História, Doutrina e Comentários às Leis**. São Paulo: Legal, 2010, p.84.

frágil, porém de recursos naturais importantíssimos e de elevado risco de incidentes, tais como derramamento, vazamentos e *blowups* que podem se tornar catástrofes ecológicas irreparáveis ou de complicada reparação. Ainda, no pré-sal, esses níveis de poluição se elevariam a níveis gigantescos uma vez que a expectativa quanto ao volume de extração também é de grande monta.

4.1.2 A legislação brasileira correlata ao pré-sal

De uma forma geral, a normatização da atividade petrolífera está longe de ser uma das mais completas no imenso arcabouço legal brasileiro. A Constituição Federal economiza ao dispor sobre o tema, enfatizando apenas aspectos relativos à propriedade do óleo e gás natural, pesquisa e exploração de jazidas e participação nos lucros de entes federativos, os *royalties*.

De uma forma geral, a Constituição da República preconiza, em seu art. 20, V e IX, que “*os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva*” e “*os recursos minerais, inclusive os do subsolo*”, respectivamente, são bens pertencentes à União. As jazidas de óleo e gás encontradas na camada pré-sal também se inserem nesse contexto, sendo assegurados aos entes federativos, nos termos do §1º, a participação no resultado da exploração ou compensação financeira visando esse fim. Já em seu art. 177, o texto constitucional estabelece que a União detém o monopólio para pesquisa e lavra das jazidas, bem como para transporte marítimo ou dutoviário para escoamento da produção.

A Emenda constitucional 09/1995 trouxe uma alteração ao § 1º do art. 177, prevendo que “*a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra de jazidas*”. Atente-se que se trata de uma possibilidade, a qual que deverá sempre ser regulamentada em lei, identificando forma e condições para a contratação.

Infraconstitucionalmente, a Lei nº 12.276/2010, autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobrás o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos na camada pré-sal, o que poderá ser realizado conjuntamente com outras empresas pelo regime de partilha, o qual será explicado oportunamente.

A *política energética nacional* foi instrumentalizada através da lei nº 9.478/1997, mais conhecida como Lei do Petróleo, que, dentre outros, cria o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, e a Agência Nacional do Petróleo – ANP. A lei estabelece diversas

diretrizes para o aproveitamento racional das fontes de energia, consignando o aproveitamento racional dos recursos energéticos, a promoção do desenvolvimento, a proteção dos interesses do consumidor e tantos outros temas com o propósito de organizar e desenvolver a atividade de exploração e produção de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em território nacional. Mais recentemente, na esteira das descobertas de petróleo no pré-sal, houve-se por bem regulamentar vários aspectos da nova modalidade de extração, o que levou o Congresso Nacional a editar normas mais específicas sobre o tema.

O resultado desse esforço legislativo foi a promulgação da Lei nº 12.304/2010 – que autorizou o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA). A PPSA é instituída como empresa pública, sob a forma de sociedade anônima, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Cabe à Pré-Sal Petróleo S.A a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia, bem como pela gestão dos contratos assinados pelo Ministério quanto à comercialização de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluidos.

É importante salientar que a empresa foi criada com finalidade estritamente administrativa, não participando, sob quaisquer circunstâncias, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos. Significa dizer, em outras palavras, que a PPSA não assumirá qualquer risco, não fará qualquer tipo de investimento e não haverá movimentação de ativos.

O marco legal principal do pré-sal, no entanto, é a lei nº 12.351/2010, que trata sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos. A lei orienta o regime de partilha de produção em áreas do pré-sal e em outras áreas estratégicas, cria o Fundo Social (FS) e ainda dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos. Trata-se de uma norma mais técnica, descrevendo sumariamente o funcionamento da cessão de direitos de exploração do pré-sal. O aspecto mais importante e polêmico dessa norma é o dispositivo que versa sobre exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. A previsão legal é a de que tais atividades serão realizadas por regimes de partilha de produção nas áreas de pré-sal,

fazendo preferência a este único regime e afastando a hipótese legal do regime de concessão – este previsto na Lei nº 9.478/1997²³⁶.

O conceito de regime de partilha é dado pela própria lei, em seu art. 1º, I, conforme se segue:

I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.

Conforme se depreende do dispositivo, no caso de exploração e produção de petróleo e gás natural no pré-sal os contratados têm direito a reter determinada parcela de óleo em valores correspondentes aos *royalties*, bem como parcela extra se houver também excedente de óleo. Nesse caso o lucro será convertido em óleo, sendo que esse valor é denominado *óleo-lucro*.

No tocante à participação de empresas estrangeiras em assunto tão sensível e de interesse relevante à segurança nacional, vale lembrar que o óleo no pré-sal foi encontrado pelo consórcio integrado pela Petrobrás e as estrangeiras *Repsol Sinopec* e *Statoil*, sendo que a *Repsol* figura como a principal empresa estrangeira atualmente em atividade de exploração nas principais bacias sedimentares brasileiras. Ao permitir que empresas estrangeiras façam parte ou tomem conhecimento de toda e qualquer jazida encontrada na zona econômica exclusiva nacional, o governo “abre mão” do aspecto sigiloso em detrimento ao aspecto econômico.

De uma forma geral pode ser dito que a regulação específica do pré-sal é ainda incipiente, principalmente por serem as primeiras jazidas em exploração no mundo. A lacuna ainda existente quanto à tecnologia para extração é uma prova de que há muito ainda para ser construído no campo operacional e normativo.

²³⁶ Este dispositivo orienta a política energética nacional aos contratos regulares de exploração de petróleo firmados com a União

4.2 A SOBERANIA E DIREITOS SOBERANOS SOBRE O MAR

Direitos sobre os mares têm sido objeto de disputas, conquistas e imposição de jurisdição há séculos, desde que o homem lançou-se ao mar ou nele percebeu uma fonte de riqueza e sobrevivência.

Historicamente, Hugo Grotius foi o primeiro grande defensor da liberdade dos mares²³⁷ em uma época marcada pelas grandes navegações e pelo controle de acesso imposto pela Ibéria nas rotas mercantis da época. Em sua obra *Mare Liberum*²³⁸, Grotius defendia o livre acesso aos mares – defesa que fora encomendada por sua cliente Companhia Holandesa das Índias Orientais –, no caso envolvendo Portugal e Espanha. Por sua vez, os reinos ibéricos defendiam a política de *mare clausum*, impedindo o acesso das demais nações às Índias orientais²³⁹. Grotius argumentava que a reivindicação de soberania sobre o mar contíguo à costa deveria ser realizada por circunstâncias de defesa de território, porém, se fosse desafiado por outro Estado, deveria ser hábil a defender a área soberana. Tal doutrina levou à teoria de que os limites da soberania sobre o mar não deveriam exceder 3 milhas²⁴⁰, distância que alcançaria uma bola de canhão a partir do lançamento de terra firme²⁴¹.

²³⁷ “Grotius develops his own understanding of the idea of common property, an understanding that remains of particular interest for the discussion of the present-day management of the global commons. Grotius begins his arguments by observing that, in the phraseology of the Law of Nations, the sea has been differently identified as the property of no one (*res nullius*), a common possession (*res communis*), or public property (*res publica*). Since each of these terms has different legal connotations, Grotius embarks – in order to prove that the sea was common property, which cannot belong to the Portuguese or Spanish, or any other nation – upon an extensive discussion on the origins and limits of property and gives a historical account of the evolution of the concept of property itself”. In: SCHIRJVER, Nico; PRISLAN, Vid. From *Mare Liberum* to the Global Commons: Building on the Grotian Heritage. **Grotiana**, Leiden, v.30, pp.168–206, 2009, p.171.

²³⁸ GROTIUS, Hugo. **Mare Liberum**. Editado e anotado por Robert Feenstra. Leiden: Brill, 2009.

²³⁹ BENVENISTI, op. cit., p.206

²⁴⁰ Milhas-padrão e não milhas náuticas como hoje são compreendidas tais medidas.

²⁴¹ TAVERNE, Bernard. **Petroleum, Industry and Governments: a study of the involvement of industry and governments in the production and use of petroleum**. 2. Ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2008, p.305.

Porém foi apenas quase 40 anos após a Segunda Guerra Mundial que efetivamente iniciaram-se discussões em um nível global sobre os modernos limites do mar, e, principalmente, sobre o acesso (conservação e exploração) dos países a recursos marinhos além do mar territorial dos Estados²⁴². Nesse período, por exemplo, precisamente em 1945, o presidente americano Harry S. Truman emitiu um documento unilateral clamando para os Estados Unidos a soberania sobre os recursos do subsolo e do leito marinho da plataforma continental, abaixo do alto-mar, porém contíguo à costa americana²⁴³.

Entretanto, apenas nas negociações internacionais envolvendo a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS)²⁴⁴ – e especialmente a UNCLOS III (1982) –, é que teve início o processo de codificação das antigas normas costumeiras e tratados dispersos que formavam o Direito do Mar até então. A UNCLOS III, cujas negociações tiveram início em 1974 e entrou em vigor em novembro de 1994, pode ser considerada como a principal fonte de Direito do Mar²⁴⁵. A Convenção foi assinada por 157 diferentes países e resultou em um documento multidisciplinar, com 320 artigos e 9 anexos de grande complexidade, possivelmente mais complexas do que o próprio texto do

²⁴² Em 28/09/1945 o então presidente norte-americano Truman proclama dois atos sobre a expansão da jurisdição marinha dos Estados Unidos para além das 3 milhas náuticas convencionais do mar territorial. Com isso, os Estados Unidos passaram a utilizar a sua plataforma continental como limite de jurisdição para pesca, exploração e conservação de recursos vivos e não-vivos. In: SMITH, Robert W. **Exclusive Economic Zone Claims: as analysis and primary documents**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986, p. 25.

²⁴³ TAVERNE, op. cit., p.306

²⁴⁴ A UNCLOS I (1958) era em grande parte a repetição de diversas convenções versando sobre mar territorial, zona contígua, alto-mar, conservação de recursos vivos e plataforma continental. Essa gama é genericamente conhecida como *Convenção de Genebra sobre Direito do Mar*. A UNCLOS II (1960) foi uma má sucedida tentativa de chegar-se a um denominador comum quanto aos limites do mar territorial.

²⁴⁵ “*The LOS Convention is a great achievement in the field of codification of international law. It has been rightly qualified as a "Constitution for Oceans": "a monumental achievement in the international community"*”. SCOVAZZI, Tullio. *The Seabed Beyond the Limits of national Jurisdiction: general and institutional aspects*. In: MOLENAAR, Erik J.; ELFERINK, Alex G. Oude. **The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: current and future developments**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, p.55.

tratado²⁴⁶. Nele estão positivados os costumes internacionais que se firmaram desde os primórdios da navegação e do direito internacional, como o espaço oceânico, legitimidade para exploração de recursos, pesca, tráfego e conservação do ambiente marinho.

Segundo E.D. Brown (analisando a Convenção sob uma perspectiva histórica), vê-se claramente que se trata de um documento marcante, pois conseguiu atender às demandas dos países do então 3º mundo ao desenvolver uma nova ordem mundial de acesso às riquezas do fundo do mar. A divisão dessas riquezas com os países em desenvolvimento – especialmente pelo compromisso do aumento da Zona Econômica Exclusiva –, possibilitou a extensão da plataforma continental e a cooperação internacional para uma nova ordem econômica e a sedimentação da noção de herança comum da humanidade²⁴⁷.

Nesse sentido, o artigo 76 do texto final da UNCLOS III, que estabeleceu as novas fronteiras marinhas adotadas pelos pactuantes²⁴⁸, pode ser considerado uma conquista²⁴⁹ após 10 anos de negociações – especialmente pelo consenso em torno da nova fórmula de aferição da extensão da plataforma continental para além de 200 milhas náuticas.

Em 2004 o Brasil apresentou à Comissão para os Limites da Plataforma Continental da ONU (CLPC) o Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC), estudo programado cujo objetivo era o de determinar o limite exterior da Plataforma Continental do Brasil para além das 200 milhas, com base no art. 76 da UNCLOS III. O requerimento busca a delimitação da área exterior da plataforma continental até 350 milhas náuticas a partir da linha de base, passando a incluir cinco novas áreas: cadeia Norte brasileiro; cadeia Vitória e Trindade, cone do Amazonas, platô de São Paulo e margem continental

²⁴⁶ BROWN, Edward Duncan. **The International Law of the Sea**. Vol.I. Cornwall: Dartmouth, 1994, p.3.

²⁴⁷ BROWN, op. cit., p.10

²⁴⁸ “o conceito legal de delimitação marítima internacional (ou determinação de fronteiras marítimas) é hoje em dia firmemente estabelecida no direito internacional, embora o processo pelo qual essas fronteiras são determinadas em situações concretas sempre terá um caráter *sui generis*.” In: TANJA, Gerard Jacob. **The Legal Determination of International Maritime Boundaries**. Leiden: Kluwer, 2008, p.306

²⁴⁹ “Os limites demarcados não apenas para a plataforma continental, mas para todas as zonas marítimas somente pode ser considerado como um milagre.” SUAREZ, Suzette. **The Outer Limits of the Continental Shelf: legal aspects of their establishment**. Heidelberg: Springer, 2008, p.71.

Sul. Dessa forma, o Brasil estaria amparado pela UNCLOS e pela ONU para explorar livremente os recursos existentes nessa área (minerais, biológicos e fósseis), o que inclui as reservas de hidrocarbonetos no pré-sal existentes na extensão pleiteada e ainda prováveis reservas não prospectadas. A proposta brasileira ainda se encontra pendente de autorização da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISBA)²⁵⁰.

Com a alteração da Zona Econômica Exclusiva a UNCLOS III estabeleceu, via tratado, uma nova demarcação da soberania dos países. A Convenção específica, entretanto, que os Estados possuem direitos soberanos (e não de soberania em seu conceito mais amplo) tanto em relação à plataforma continental (Art. 77 da UNCLOS)²⁵¹ quanto à Zona Econômica Exclusiva (ZEE)²⁵². Por se tratar de uma atividade realizada a partir do subsolo marinho (plataforma continental), mas com reflexos na preservação de recursos vivos, é necessária uma análise de ambos os artigos para se compreender a extensão da tutela ambiental nesse meio. Essa diferenciação foi trazida pelo texto final da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), quando em seu artigo 56 determinou que os Estados costeiros, em sua ZEE possuem

- a) *Direitos soberanos* para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos.
- b) *Jurisdição*, em conformidade com as disposições pertinentes da presente convenção, no que se refere a:

²⁵⁰ Em abril de 2007 a ONU autorizou o Brasil a incorporar, para além das 200 milhas náuticas, mais 712 mil quilômetros quadrados de extensão, área em que está assegurada a soberania de exploração e tutela de todos os recursos naturais do solo e do subsolo marinho.

²⁵¹ Art. 77, 1: “O Estado costeiro exerce direitos soberanos sobre a plataforma continental para efeitos de exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais.”

²⁵² Ver: PRESCOTT, Victor; SCHOFIELD, Clive. **The Maritime Political Boundaries of the World**. 2.ed. Leiden: Maetinus Neijhoff, 2005.

- i) colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas,
- ii) investigação científica marinha,
- iii) *proteção e preservação do meio marinho*; (grifo nosso)

Portanto, é interessante notar que a própria Convenção explica que os direitos soberanos são resguardados aos Estados quando da exploração econômica dos recursos existentes na ZEE, enquanto que a jurisdição propriamente dita (e aqui como um conceito de soberania) é voltada para o aspecto da preservação do ambiente marinho.

Sob os auspícios da UNCLOS, os Estados possuem direitos soberanos sobre recursos vivos e não-vivos em sua ZEE (ou seja, até 200 milhas náuticas originais da Convenção) e *jurisdição* sobre a proteção e preservação do ambiente marinho. A partir desse marco, a jurisdição sobre os recursos não-vivos em estado sólido, líquido ou gasoso é da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos²⁵³. Portanto, fica clara a jurisdição do Estado costeiro em relação à proteção de seus recursos naturais existentes na Zona Econômica Exclusiva, mesmo que a Convenção tenha previsto *direitos soberanos* e não *soberania* sobre essa área. Aprofundando um pouco mais essa linha de pensamento, a Convenção legitima a soberania dos Estados na ZEE para a proteção e preservação do ambiente marinho, o que envolve a área de plataformas de extração do pré-sal.

Por último, convém ainda frisar a previsão de atividades de mineração no leito marinho executado pelos Estados. Para exercer a lavra no fundo do mar e além da plataforma continental também é necessário o crivo da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos. A Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM), serviço geológico do governo federal brasileiro, trabalha atualmente no Programa de Prospecção e Exploração de Recursos Minerais da Área Internacional do Atlântico Sul e Equatorial (PROAREA), responsável pelo mapeamento geológico básico da região do Elevado do Rio Grande, localizada a cerca de 1.500 Km da costa, ou seja, muito além da área de prospecção do pré-sal, localizada a 300 quilômetros. As investigações demonstram a presença de cobalto, manganês, cobre, níquel e ouro no subsolo marinho da plataforma continental brasileira.

²⁵³ FREESTONE, DAVID. Problems of High Seas Governance. In: VIDAS, Davor; SCHEI, Peter Johan (ed.). **The World Ocean in Globalisation**: climate change, sustainable fisheries, biodiversity, shipping, regional issues. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011, p.102.

4.3 TUTELA AMBIENTAL DOS MARES

4.3.1 Aspectos Introdutórios

"Os Estados têm a obrigação de proteger e preservar o meio ambiente marinho" (art. 192 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, de 1982)²⁵⁴.

O mais remoto registro de um tratado na história humana versou sobre a disputa de recursos marinhos fronteiriços entre as cidades de Lagash e Umma, na Mesopotâmia, cerca de 3.100 a.c.²⁵⁵ Desde então, até os dias atuais, acordos multilaterais ou bilaterais entre Estados soberanos tem sido realizados para o gerenciamento da pesca e da regulação da utilização dos recursos marinhos de uma forma geral.

As convenções no âmbito da ONU têm sistematicamente contemplado o mar e o ambiente marinho, calcados em estruturados princípios²⁵⁶ e instrumentos que visam garantir a sustentabilidade. O ambiente marinho é uma das maiores fontes de riqueza do planeta e se encontra seriamente ameaçado pela exploração predatória dos seres humanos.

O conceito mais abrangente de ambiente marinho já trazido por um MEA está insculpido no artigo 1º da Convenção para Proteção do

²⁵⁴ Esta Convenção entrou em vigor para o Brasil em 16 de novembro de 1994, conforme o Decreto n. 1.530, de 22.06.1995, e exigiu sua ratificação por 60 países, contando-se o prazo para vigência internacional de 12 meses a partir do depósito do último instrumento de ratificação.

²⁵⁵ NAFZIGER, James A. R. Basic Functions and Principles of International Environmental Law in the Context of Managing Water Resources. **Denver Journal of International Law and Policy**, Denver, v.39, pp.381-395, 2011, p.385.

²⁵⁶ Nos últimos anos, o princípio da precaução (*precautionary principle*) foi acolhido como um dos principais avanços em se tratando de tutela marinha²⁵⁶, Segundo o princípio, os Estados devem "*definir critérios preventivos, de precaução e de antecipação, de modo a evitar a degradação do meio ambiente marinho e reduzir o risco de haver efeitos em longo prazo ou irreversíveis sobre o mesmo e assegurar a realização de avaliações*" (ONU, Agenda 21, Rio de Janeiro, 1992. Cap. 17.22. "Proteção dos Oceanos, de Todos os tipos de Mares - inclusive Mares Fechados e Semifechados - e das Zonas Costeiras, e Proteção, Uso Racional e Desenvolvimento de seus recursos vivos.")

Meio Ambiente Marinho do Atlântico Nordeste, realizada em Paris em 1992²⁵⁷, que assim definia:

(...) águas internas e o mar territorial dos Estados – Partes, o mar além e adjacente ao mar territorial sob a jurisdição do Estado costeiro até a extensão reconhecida pelo direito internacional, o alto-mar, inclusive o solo das águas internas e seu subsolo.

O complexo normativo da legislação ambiental sobre tutela do mar é estruturado a partir da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos do Mar (UNCLOS III)²⁵⁸, sendo este o principal instrumento normativo internacional, seguido de seis espécies de tratados, assim observado por Eliane Martins²⁵⁹:

- i) convenções universais relativas à prevenção da poluição marinha;
- ii) convenções regionais relativas à proteção do meio marinho e à prevenção da poluição marinha;
- iii) convenções sobre proteção do meio ambiente marinho;
- iv) convenções relativas ao alto-mar, à plataforma continental e ao subsolo do alto-mar;
- v) convenções relativas à pesca e à conservação dos recursos vivos; e
- vi) convenções relativas ao transporte internacional e ao Direito da Navegação.

Conforme mencionado, a Convenção norteadora sobre a proteção ao ambiente marinho - Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar²⁶⁰ é um acordo de suma importância, que se configura como a

²⁵⁷ ONU. **Convention for Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR)**. Paris, 22.9.1992. Atualiza, dentre outros, Estocolmo, 1972 e 1974.

²⁵⁸ United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), Em vigor no Brasil pelo Decreto Nº 1.530, DE 22 de junho de 1995 (“Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982.”). Disponível em:

< http://www2.mre.gov.br/dai/m_1530_1995.htm> Acesso em: 11 ago. 2011.

²⁵⁹ MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**, v.1. 3. ed. Barueri: Manole, 2008, p. 11-12

²⁶⁰ Ver item 4.3.2

consolidação de diversas normas e princípios de direito internacional, cujas definições dos elementos que compõem a relação jurídica com o mar são definitivamente claras e objetivas. Dentre os vários princípios e obrigações assumidas pelos Estados-Partes a partir da Convenção está consignado o compromisso de que todos, mesmo os não costeiros²⁶¹, envidarão esforços para proteger o ambiente marinho. Ainda, que a exploração dos recursos será realizada de acordo com a política interna dos Estados em matéria ambiental – salvo as regras de direito internacional que regulam sua exploração²⁶². A Convenção reafirma que as nações deverão tomar as medidas necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio ambiente marinho, independentemente de sua fonte, utilizando-se, para tanto, dos meios mais viáveis de que disponham e em conformidade com suas possibilidades, além de prezar pela harmonia das políticas de sustentabilidade marinha²⁶³.

Em geral as convenções internacionais têm sido incisivas quanto ao comando de que os Estados devem supervisionar as atividades potencialmente poluidoras para que não transcendam suas áreas limítrofes e venham a causar algum tipo de dano ambiental às nações e mares contíguos. Da mesma forma, os princípios que paulatinamente são referendados pelos acordos internacionais, Resoluções da ONU, prática dos Estados e *opinio juris*, vêm contribuindo para a formação de uma normatização mais robusta, com retumbantes resultados na comunidade internacional e no nível interno.

É importante também salientar o destaque que a UNCLOS representa para os mecanismos de proteção ao ambiente marinho e a

²⁶¹ Caso de poluição telúrica - poluição originada por dejetos provenientes das águas interiores. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 874.

²⁶² Casos da soberania permanente e da obrigação de não causar dano ambiental transfronteiriço.

²⁶³ Art. 145: “No que se refere às atividades na “Área”, devem ser tomadas as medidas necessárias, de conformidade com a presente Convenção, para assegurar a proteção eficaz do meio marinho contra os efeitos nocivos que possam resultar de tais atividades. Para tal fim, a Autoridade adotará normas, regulamentos e procedimentos apropriados para, *inter alia*: a) prevenir, reduzir e controlar a poluição e outros perigos para o meio marinho, incluindo o litoral, bem como a perturbação do equilíbrio ecológico do meio marinho, prestando especial atenção à necessidade de proteção contra os efeitos nocivos de atividades, tais como a perfuração, dragagem, escavações, lançamento de detritos, construção e funcionamento ou manutenção de instalações, dutos e outros dispositivos relacionados com tais atividades”.

ação do Tribunal Internacional para o Direito do Mar (ITLOS), estabelecido pela própria Convenção. É sabido que a maior parte dos tratados internacionais prevê a solução de controvérsias por intermédio de tribunais e de órgãos especiais, sendo que geralmente a disputa é limitada aos próprios Estados. Já o Tribunal do Mar prevê uma diferença essencial: o Art. 187 da Convenção determina que a jurisdição do Tribunal não é exercida apenas nas disputas entre os Estados, como também nas demandas envolvendo pessoas físicas e jurídicas relacionadas. Dessa forma, nota-se a imensa cobertura da jurisdição do tribunal e, conseqüentemente, da própria Convenção.

Resguardadas as discussões sobre a efetividade das convenções internacionais quanto à sua internalização e aplicação - visto que um dos grandes desafios é a adequação dos acordos internacionais à legislação interna e a uniformização e execução das decisões judiciais em relação a outros Estados soberanos²⁶⁴ -, a tutela ambiental dos mares tem sido referência em vários instrumentos multilaterais, conforme se verá a seguir.

4.3.2. Convenções ambientais internacionais sobre proteção marinha

Nos últimos anos os acordos internacionais mais específicos sobre a tutela do meio ambiente marinho emanam da Organização Marítima Internacional – IMO. O “desenvolvimento sustentável marítimo”²⁶⁵ é considerado com um dos principais objetivos da Organização devido às próprias características da atividade marítima: a poluição proveniente dos navios e da queima do *bunker*²⁶⁶ e o risco inerente ao transporte de hidrocarbonetos. Para se ter uma noção da importância dada pelo IMO ao tema, basta considerar que dos atuais 62

²⁶⁴ Alguns estudiosos defendem a criação de uma instância ambiental marítima internacional específica, com função mais definida que o ITLOS. Caso de: BARROS, José Fernando Cedeño. **Direito do Mar e do Meio Ambiente – a Proteção de Zonas Costeiras e Litorais pelo Acordo Ramoge**: contribuições para o Brasil e o Mercosul. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 28.

²⁶⁵ A IMO estabelece 8 pilares para o Desenvolvimento Sustentável Marítimo: 1. Cultura de segurança e monitoramento ambiental; 2. Eficiência energética; 3. Novas tecnologias e inovação; 4. Educação marítima e treinamento; 5. Segurança marítima e ações anti-pirataria; 6. Gerenciamento de tráfego marítimo; 7. Desenvolvimento da infraestrutura marítima; 8. A adoção e implementação de *standards* globais da IMO.

²⁶⁶ Combustível mais comumente empregado à propulsão dos navios.

pactos (protocolos e convenções) adotadas pela Organização, 28 tratam diretamente de questões ambientais relacionadas à atividade²⁶⁷.

O grande espaço ao ambiente observado nas convenções da IMO justifica-se muito pelo encalhe do navio petroleiro *Torrey Canyon* no Canal da Mancha, cujo acidente, em 1967, resultou no derramamento de cerca de 120.000 toneladas de petróleo. Verificou-se à época que não havia procedimentos específicos para a salvaguarda de acidentes dessa natureza e envergadura. Inexistia um plano de emergência em vigor ou mesmo um sistema de compensações hábil a suportar os custos da limpeza do mar e regiões costeiras afetadas, bem como fundos para indenizar as vítimas. As circunstâncias deste sinistro marítimo levaram a IMO a editar a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo (CLC), em 1969²⁶⁸.

A CLC²⁶⁹ prevê a forma de apuração da responsabilidade civil do causador da poluição por óleo em navios petroleiros e cargueiros, bem como os regimes de compensação às vítimas. A emenda da Convenção de 1992 incluiu um Fundo Internacional de Compensação de Danos de Poluição por Óleo (FUND 1992), que, entretanto, não cobre aqueles danos resultantes da exploração de petróleo nas plataformas de extração, aplicando-se exclusivamente a eventos gerados por embarcações²⁷⁰.

A IMO possui atualmente apenas dois instrumentos que versam exclusivamente sobre plataformas de extração de petróleo e gás natural: o Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental²⁷¹, assinado em Roma em 1988, além de seu complemento de 2005, que visa

²⁶⁷ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/Status_Conventions-2012.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

²⁶⁸ *Civil Liability Convention*

²⁶⁹ Em vigor no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 74 de 30.09.1976.

²⁷⁰ Jacobsson defende a possibilidade de pedido de compensação baseando-se na CLC, mais precisamente em seu Protocolo (que instituiu o Fundo Suplementar) diante de um tribunal internacional. Dessa forma, segundo ao autor, haveria uma “*grande vantagem de uma aplicação normativa uniforme no Estado em que ocorreu o derramamento de óleo*”. In: JACOBSSON, Måns. *Dispute Resolution in Oil Pollution Cases – Are There Alternatives to Litigation in National Courts?* In: GUTIÉRREZ, Norman Martínez (Ed.). **Serving the Rule of International Maritime Law: essays in honour of Professor David Joseph Attard**. Oxon: Routledge, 2010, p.338.

²⁷¹ *Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf*.

justamente impor medidas protetivas contra a ameaça à segurança das plataformas por meio de ações contra o terrorismo. Entretanto, após o *blowout* ocorrido na *Deepwater Horizon*, o Comitê Legal da IMO decidiu enviar uma proposta de mudança estratégica ao Conselho da instituição, concernente à inclusão definitiva das plataformas *offshore* em algumas das convenções específicas sobre derramamento de petróleo no mar e também nos mecanismos de compensação que hoje vigoram em relação aos navios. A justificativa é que não existe instituição no mundo com mandato mais apropriado ao tema do que a Organização Marítima Internacional, seja pela sua abrangência, seja pela grande quantidade de Estados filiados e, principalmente, pela especialização quanto à matéria. Além disso, há de se frisar o aspecto transfronteiriço dos derramamentos de petróleo ocorridos em plataformas que operam muitas vezes longe da costa, nas ZEEs dos Estados. Porém, na 99ª sessão do Comitê Legal da IMO ocorrida em abril de 2012, a proposta de incluir em sua agenda o derramamento de óleo a partir de instalações foi vetada por países como o Canadá, Reino Unido, Estados Unidos e Noruega²⁷².

Fora dos limites da IMO uma convenção ambiental genérica porém de inestimável valia e importância à proteção marinha é a Convenção da Biodiversidade, fruto do Encontro do Rio de Janeiro de 1992²⁷³. O principal documento resultado da conferência da convenção aborda temas como a conservação da biodiversidade, o uso sustentável de seus componentes e a divisão equitativa e justa dos benefícios gerados com a utilização de recursos genéticos. Um dos dispositivos mais criteriosos da Convenção da Biodiversidade é o artigo VII, que trata da *conservação in-situ*. O artigo prevê o estabelecimento de um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisam ser tomadas para conservar a diversidade biológica nas regiões afetadas. As áreas de exploração do petróleo e gás natural estão inseridas nesses sistemas, uma vez tratar-se de locais de extremo risco de poluição e compreenderem um imenso ecossistema que depende dessa proteção legal. Além disso, a Lei da Biodiversidade será sempre considerada como base para qualquer atividade que envolva perigo de degradação

²⁷² A opinião final foi no sentido de reconhecer que acordos regionais e bilaterais seriam mais apropriados para discutir a matéria, sem a necessidade de desenvolver-se um regime especial para regular seu objeto. Disponível em: <<http://www.imo.org/MediaCentre/MeetingSummaries/Legal/Pages/LEG-99th-session.aspx>>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁷³ Em vigor no Brasil pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998.

ambiental e exploração dos recursos naturais devido à sua complexa e completa estruturação principiológica. Embora não trate especificamente sobre a extração e exploração do petróleo e gás natural, as importantes considerações sobre “leis-ecossistema” e demais institutos protetivos ambientais inerentes aplicam-se totalmente à atividade e também servem como matriz conceitual e normativa no aspecto de conservação da biodiversidade marinha.

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos do Mar – UNCLOS

A Convenção Internacional sobre Direito do Mar em *Montego Bay*²⁷⁴, Jamaica, incutiu o dever dos Estados em velar pela aplicação e desenvolvimento do direito internacional que tutela o ambiente marinho, especialmente quanto ao aspecto da responsabilidade em avaliar e indenizar os prejuízos ocasionados e em resolver no plano interno dos países as diferenças na matéria²⁷⁵. Indo além, previu a elaboração de critérios e o estabelecimento de processos para o célere pagamento de indenizações, prevendo, inclusive, a exigência de um seguro obrigatório ou a criação de fundos de caráter indenizatório. A justificativa desta disposição é no sentido de que, uma vez firmado o princípio da responsabilidade, há o dever de submeter a questão ao direito internacional privado de modo a assegurar o pagamento de indenização às vítimas.

A UNCLOS autoriza os Estados costeiros a explorarem a plataforma continental e a zona econômica exclusiva com a construção de instalações *offshore* e exercitar sua jurisdição através dessas plataformas²⁷⁶. A convenção traz vários dispositivos relacionados à

²⁷⁴ Estabelece regras ao exercício das competências estatais, do Estado costeiro, do Estado da bandeira e do Estado do porto.

²⁷⁵ DE LA RUE, Colin; ANDERSON. Charles B. **Shipping and the Environment**: Law and Practice. London: LLP, 1998, p.32.

²⁷⁶ Embora possam algumas das características principais dos navios - como a fluatuabilidade -, as plataformas flutuantes fixas não podem ser equiparadas a navios (estes utilizados exclusivamente para a navegação, ou seja, transporte de pessoas e coisas). Navios são espécies do gênero embarcações. A Lei n 9.537/1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário no Brasil, traz a definição de embarcações em seu art. 2º, V: “*Embarcação – qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeita a inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas*”. A Lei ainda conceitua Plataforma como uma “*instalação ou estrutura, fixa ou*

proteção do ambiente marinho aos efeitos de atividades como construção, operação e manutenção das plataformas²⁷⁷. Quanto à operação nas plataformas *offshore*, a Convenção de Montego Bay determina aos Estados costeiros a competência para instituir dispositivos legais para “prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, proveniente direta ou indiretamente de atividades relativas aos fundos marinhos sob sua jurisdição e proveniente de ilhas artificiais, instalações e estruturas sob sua jurisdição “ (Art. 208, 1). De forma explícita consagra a competência legislativa do Estado costeiro, que poderá complementar as normas internacionais ambientais, adaptando-as a critério de sua realidade, conforme segue:

Para fins da execução das regras, normas e procedimentos internacionais os Estados costeiros podem adotar leis e regulamentos relativamente às suas zonas econômicas exclusivas para prevenir, reduzir e controlar a poluição proveniente de embarcações, de conformidade e aplicando-se as regras e normas internacionais geralmente aceitas e estabelecidas por intermédio da organização internacional competente ou de uma conferência diplomática geral.

Um aspecto relevante da convenção é a obrigatoriedade incumbida aos Estados em avançar na minimização da poluição marinha proveniente de plataformas de extração e implementar leis nacionais que instituem padrões para a execução de atividades envolvendo o solo marinho (Art. 145, “a”). Dispõe, ainda, que os Estados devem cooperar regional e globalmente para formular regras internacionais e padrões de proteção do ambiente marinho, por em vigência os acordos internacionais sobre a matéria e estabelecer medidas adequadas de compensação por danos ambientais ocorridos pela poluição do ambiente marinho. Medidas preventivas e de controle, bem como a forma de construção e *standards* de segurança dessas instalações também são

flutuante, destinada às atividades direta ou indiretamente relacionadas com a pesquisa, exploração e exploração dos recursos oriundos do leito das águas interiores e seu subsolo ou do mar, inclusive da plataforma continental e seu subsolo”. Ainda, por força de lei, as plataformas flutuantes (fixas ou móveis) são registradas no Tribunal Marítimo como “embarcações”, em atendimento à Lei do Registro de Propriedade Marítima (Lei 7.652/1988).

²⁷⁷ Art. 60 UNCLOS.

minuciosamente recomendadas pela Convenção. O artigo 145 determina que os Estados devem tomar ações no sentido de

prevenir, reduzir e controlar a poluição e outros perigos para o meio marinho, incluindo o litoral, bem como a perturbação do equilíbrio ecológico do ambiente marinho, prestando especial atenção à necessidade de proteção contra os efeitos nocivos de atividades, tais como a perfuração, dragagem, escavações, lançamento de detritos, construção e funcionamento ou manutenção de instalações, dutos e outros dispositivos relacionados com tais atividades.

A norma ainda faz referência à harmonização entre as atividades na área de exploração e o ambiente local (Art.147). Nota-se que há uma disposição geral de que as plataformas não devem ser dispostas em rotas marítimas reconhecidas e essenciais à navegação internacional ou de intensa atividade pesqueira e devem ter suas posições marcadas, se possível de forma definitiva. Nesse sentido, a Convenção claramente se preocupa com a segurança das instalações *offshore*, estabelecendo uma série de critérios nesse sentido, como, por exemplo, a implementação de zonas de segurança próximas às plataformas, que devem dispor de sinalização apropriada em seus limites (Art. 147, 2, “b”). A Convenção ainda traz expressamente em seu texto final que esse tipo de instalação deverá ser utilizada exclusivamente para fins pacíficos (Art. 147, 2, “d”).

No que se refere ao direito internacional a Convenção esclarece que as plataformas não deverão ter estatuto jurídico próprio de ilhas. Reflexo disso é que esse tipo de estrutura não possui direitos como um mar territorial próprio e a sua existência não afeta a delimitação do mar territorial, da zona econômica exclusiva ou da plataforma continental dos Estados.

Conforme se vê, a UNCLOS tem todos os motivos para ser denominada como a “Constituição do Mar”, dada a sua abrangência material e principiológica. A relação da Convenção com o ambiente marinho é complexa, porém resguarda as obrigações de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável no meio marinho.

Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias (LC-72)²⁷⁸ e Protocolo Aditivo de 1996.

Trata-se de uma importante convenção para a prevenção da poluição marinha, que agregou uma atualização de suma importância em 1996²⁷⁹, baseando-se em uma nova abordagem calcada na precaução e prevenção.

A norma de 1972 enumera resíduos e substâncias (Anexo I) que são proibidas de alijamento (despejo deliberado ou afundamento deliberado) nas águas marinhas²⁸⁰, porém com alguns elementos que constituem exceção à regra geral (Anexo II)²⁸¹. Em todos os casos, entretanto, os resíduos somente podem ser lançados ao mar dentro de algumas circunstâncias, que em cada caso deve contar com autorização prévia e por meio de instrumento próprio. Toda autorização será apenas concedida após uma deliberação meticulosa da Organização das partes contratantes da Convenção, de acordo com as características e composição da substância e características do local de lançamento e método de depósito (Anexo III, “A” e “B”)²⁸².

²⁷⁸ Conhecida como *London Convention*. Em vigor no Brasil pelo Decreto nº 87.566, de 16 de setembro de 1982 – “Promulga o texto da convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias, concluída em Londres, a 29 de dezembro de 1972”.

²⁷⁹ Em vigor no plano internacional desde 2006.

²⁸⁰ Dentre eles: petróleo cru, óleo diesel pesado, lubrificantes, mercúrio, cádmio, plásticos persistentes e resíduos radioativos.

²⁸¹ Dentre eles: contêineres, sucatas e resíduos que contenham quantidade considerável de arsênico, chumbo, cobre e zinco.

²⁸² O método de depósito deverá levar em consideração as seguintes características: 1. Localização (por exemplo: coordenadas do local de alijamento, profundidade e distância da costa), localização em relação a outras zonas (por exemplo: áreas de lazer, de desova, de viveiros e pesca e de outros recursos exploráveis); 2. Taxa de eliminação por períodos específicos (por exemplo: quantidade por dia, por semana, por mês); 3. Métodos de embalagem e contenção, se os houver; 4. Diluição inicial conseguida pelo método de descarga proposto. 5. Características da dispersão (por exemplo: efeitos das correntes, marés e ventos sobre o deslocamento horizontal e a mistura vertical); 6. Características da água (por exemplo: temperatura, PH, salinidade, estratificação, índices de oxigênio da contaminação – oxigênio dissolvido (OD), demanda química de oxigênio (DQO) e demanda bioquímica de oxigênio (DBO) – nitrogênio em forma orgânica e mineral, incluindo amoníaco, substâncias em suspensão, outros nutrientes e produtividade); 7. Características do fundo (por exemplo: topografia, características geoquímicas; geológicas e

O Protocolo de 1996 é mais restritivo do que o texto original da Convenção justamente por abordar o tema sob a égide do princípio da precaução. As causas e efeitos dos alijamentos são pormenorizadamente considerados e quando houver razões para crer que aqueles materiais são suscetíveis de causar dano ao ecossistema marinho o alijamento é sumariamente proibido. O Protocolo limita os resíduos que poderiam em tese ser alijados ao mar e apresenta uma nova abordagem para a utilização do mar como depositário de resíduos – ou seja, de caráter evidentemente precaucionista. O Brasil, porém, mesmo tendo assinado o novo Protocolo resolveu não adotá-lo no plano interno²⁸³ - o que é, sem dúvida, lastimável, porque dentre vários dispositivos de suma importância o Protocolo de 96 é mais restritivo em consideração ao LC, listando poucos materiais de alijamento permitido, além de buscar alinhamento com a Agenda 21²⁸⁴.

Outro importante aspecto da Convenção é a referência expressa à soberania permanente sobre os recursos naturais e a responsabilidade em não causar danos ambientais transfronteiriços, conforme seu preâmbulo:

RECONHECENDO que, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, segundo suas políticas com relação ao meio ambiente, e a responsabilidade de assegurar que as atividades que se realizem dentro de sua jurisdição ou sob seu controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora dos limites da jurisdição nacional. (grifo nosso)

produtividade biológica. 8. Existência e efeitos de outros alijamentos que tenham sido efetuados na zona de alijamento (por exemplo: informações sobre conteúdo de metais e conteúdo de carbono orgânico).

²⁸³ O Ofício nº 7/2009, da Sec-IMO da Marinha do Brasil, encaminhado à CCA-IMO e ao Ministério das Relações Exteriores, apresentou uma proposta de não ratificação do Protocolo 1996 à Convenção de Londres de 1972 até posterior discussão. BRASIL. Comando da Marinha. CCA-IMO. Disponível em <https://www.ccaimo.mar.mil.br/convencoes_e_codigos/convencoes/prevencao_da_poluicao_marinha/lc>. Acesso em: 10 ago. 2012

²⁸⁴ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.imo.org/ourwork/environment/pollutionprevention/pages/1996-protocol-to-the-convention-on-the-prevention-of-marine-pollution-by-dumping-of-wastes-and-other-matter,-1972.aspx>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

A LC/72 por si só representou um grande avanço e se configura ainda hoje como o resultado da ação internacional para controle da contaminação do mar pelo alijamento de resíduos, estimulando os Estados com interesses comuns em determinadas zonas geográficas a firmarem pactos bilaterais complementares para uma maior proteção do meio marinho.

Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo – OPRC 1990

Devido à falta de uma normatização internacional específica para atividades de extração de plataformas *offshore*, a OPRC/90²⁸⁵ é provavelmente o mais importante documento normativo internacional que regula aspectos sobre a poluição do ambiente marinho resultante de operações a partir das plataformas. O propósito da convenção é encorajar os Estados a cooperarem entre si e estabelecerem sistemas conjuntos de preparo e resposta em caso de incidentes que resultem em poluição do mar por derramamento de óleo. Em linhas gerais, a Convenção prevê os requisitos para a cooperação internacional e assistência mútua, podendo-se citar o intercâmbio de informações sobre a capacidade de resposta dos Estados a incidentes causados por poluição por óleo. O texto prevê, ainda, a obrigação dos Estados quanto à preparação de planos de contingência para os casos de poluição por óleo, o intercâmbio de relatórios sobre incidentes significativos que possam afetar o meio ambiente marinho ou o litoral dos Estados e promove a pesquisa e o desenvolvimento relacionados aos meios de combate à poluição por óleo do meio ambiente marinho.

Uma característica da Convenção é a de ter considerado o princípio do poluidor-pagador (*polluter- pays principle*) como uma espécie de orientador do sistema de compensação de danos ambientais, elegendo-o como “um princípio geral do direito ambiental internacional”. Hoje, como se sabe, alguns princípios adquiriram maior vulto e se tornaram mais adequados – como o da precaução –, essencial em matéria de direito ambiental.

A OPRC/1990 determina que navios e plataformas mantenham planos de emergência em caso de poluição por óleo e que notifiquem imediatamente em caso de poluição ou ameaça de derramamento.

²⁸⁵ *International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation*. Em vigor no Brasil pelo Decreto n. 2.870, de 10.12.98.

Nesses casos, caberá ao Estado-Parte que recebeu a notificação deflagrar procedimentos para elaborar uma avaliação do ocorrido e confirmar se realmente há um incidente com poluição por óleo que o afete de alguma forma. Caberá também ao Estado a avaliação da natureza, extensão e possíveis consequências do incidente e repassar essas informações imediatamente aos Estados que serão diretamente atingidos pelos efeitos da poluição.

A Convenção exige a designação de um Plano Nacional de Contingência para preparo e resposta que inclua a relação organizacional entre os diversos órgãos públicos e privados envolvidos em caso de incidente de derramamento de óleo no mar. Esse plano deverá conter um nível mínimo de equipamentos para combater o vazamento, previsão de exercícios e treinamento para o pessoal empregado, planos de comunicação permanentemente prontos para operar, dentre outros. A premissa é a integração de todo o aparato de segurança e medidas repressivas internacionais em caso de incidente por derramamento de óleo no mar. Nota-se que a norma é orientada no sentido de inculcar a ideia de planejamento e ação integrados entre os Estados-Partes, visando dar uma resposta rápida e que efetivamente contenha o avanço do vazamento, representando o menor dano possível ao ambiente.

A Convenção teve uma importante alteração em 2000, com a inclusão do Protocolo OPRC-HNS (*Hazardous and Noxious Substances*), estendendo seu escopo aos incidentes envolvendo substâncias perigosas e nocivas, como os químicos, por exemplo.

4.4 LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA RELACIONADA AO AMBIENTE MARINHO

As normas que tutelam o ambiente marinho se caracterizam pela construção iniciada no nível do direito internacional e sua posterior harmonização através de uma norma correspondente no plano interno. O Brasil é signatário das principais convenções internacionais ambientais que versam sobre o ambiente marinho e recebe a maior parte das normas internacionais que regem a matéria²⁸⁶. A normatização da legislação ambiental marinha (e marítima ambiental) é aplicada

²⁸⁶ Para uma lista completa das Convenções da IMO ratificadas pelo Brasil: IMO. International Maritime Organization. **Status of Conventions by Country**. Disponível em: <www.imo.org>. Acesso em: 10 fev. 2010.

localmente pela Diretoria de Portos e Costas (DPC) da Marinha do Brasil.

Internamente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o principal instrumento normativo e traz importantes regras e princípios que visam guiar a política nacional relacionada ao ambiente, exaltando também as normas referendadas pela comunidade internacional. O Capítulo VI - *Do Meio Ambiente* -, prescreve o direito de todo cidadão a um ambiente equilibrado “*impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”²⁸⁷ (Art. 225). Com efeito, o texto constitucional possui sábia articulação observada neste e nos demais dispositivos e se encontra perfeitamente adequado aos parâmetros exigidos pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e proteção ambiental²⁸⁸.

Systematicamente, as resoluções que tratam de deliberação vinculada a diretrizes e normas técnicas, critérios e padrões relativos à proteção ambiental e ao uso sustentável dos recursos ambientais emanam do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)²⁸⁹, responsável pela Política Nacional do Meio Ambiente²⁹⁰. Entretanto, infraconstitucionalmente vigoram leis de interesse ambiental, tal qual a que prevê as condutas lesivas ao ambiente e suas sanções penais e administrativas, cujas disposições estão contidas na Lei n. 9.605/98, a chamada Lei de Crimes Ambientais.

A proteção da zona costeira brasileira é regulamentada pela Lei n. 7.661 de 16.05.1988 e foi denominada Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, deliberadamente utilizando o neologismo *gerenciamento*, imitando, dessa forma, a terminologia da lei norte-americana *management*²⁹¹. Para todos os efeitos desta lei, a Zona Costeira é considerada como um local de interação entre o ar, o mar e a terra, não a considerando apenas como área de compartimentos estanques²⁹². Nomeiam-se a seguir alguns dos principais dispositivos legais domésticos que regulamentam a matéria.

²⁸⁷ Benefício intergeracional

²⁸⁸ MILARÉ, Édís. **Direito do Meio Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência e Glossário. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 147

²⁸⁹ Instituído pela Lei n. 6.938/1981.

²⁹⁰ Regulamentada pelo Decreto n. 99.274/1990.

²⁹¹ MACHADO, op.cit., p. 851.

²⁹² Ibid., p. 856

4.4.1. Legislação ambiental específica sobre a exploração de petróleo

Lei n. 9.966/2000 – Lei do Óleo

Uma relevante norma sobre a atividade de extração e transporte de óleo e gás natural é a Lei n. 9.966/2000²⁹³, denominada *Lei do Óleo*. Esse diploma possui conteúdo dispendo sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas nacionais. Trata-se de norma que visa estabelecer os princípios básicos a serem observados e executados na movimentação de óleo em portos, plataformas e navios em águas sob jurisdição nacional.

Embora tenha o efeito de norma suplementar - uma vez que é aplicada apenas quando ausentes os pressupostos para aplicação da MARPOL 73/78²⁹⁴ -, a Lei n. 9.966/2000 adquiriu grande importância à atividade petrolífera devido a previsão de sistemas próprios de prevenção, controle e combate à poluição. O art. 5º da Lei determina que

todo porto organizado, instalação portuária e plataforma, bem como suas instalações de apoio, disporá obrigatoriamente de instalações ou meios adequados para o recebimento e tratamento dos diversos tipos de resíduos e para o combate da poluição, observadas as normas e critérios estabelecidos pelo órgão ambiental competente.

Um dos grandes avanços da norma é a inclusão do art. 21, dispendo que mesmo sendo lícita a conduta do causador do dano, isto não o isenta de repará-lo. A inclusão da responsabilidade objetiva em se tratando de dano ambiental por poluição por óleo era inédita na legislação brasileira. Assim prevê o art. 21 da Lei n. 9.966/2000:

²⁹³ Regulamentada pelo Decreto n. 4.136, de 20 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às infrações e às regras de prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências.

²⁹⁴ Aplicada às plataformas de extração, desde que em sua configuração móvel, sendo transportadas para ou de sua posição de operação.

as circunstâncias em que a descarga, em águas sob jurisdição nacional, de óleo e substâncias nocivas ou perigosas, ou misturas que os contenham, de água de lastro e de outros resíduos poluentes for autorizada não desobrigam o responsável de reparar os danos causados ao meio ambiente e de indenizar as atividades econômicas e o patrimônio público e privado pelos prejuízos decorrentes dessa descarga.

Quis o legislador, desta forma, que o operador portuário e marítimo operando em navios e plataformas tomasse todas as precauções para evitar o derramamento de óleo e substâncias nocivas e poluidoras, respondendo civilmente, de forma objetiva, mesmo se tratando de atividade autorizada pela autoridade marítima.

Lei n. 9.478/1997 – Lei do Petróleo

A Lei do petróleo instituiu poucos dispositivos versando sobre aspectos de proteção ambiental. A norma é extremamente lacônica ao tratar sobre as questões ligadas ao ambiente, sugerindo apenas uma política energética nacional visando proteger o ecossistema e promover a conservação de energia, além de *“incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional”* (Art. 1º, XII).

Sobre o tema destaca-se apenas a forma de partilha do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção e a destinação desse excedente, que também abrangerá ações de interesse ambiental: a lei prevê que quando a lavra do petróleo ocorre em área inserida na plataforma continental, o Ministério da Ciência e Tecnologia terá direito a uma fatia de vinte e cinco por cento desse valor, o qual será destinado a pesquisas científicas e ao desenvolvimento tecnológico da indústria do petróleo, *“bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias”* (art. 49, II, “f”).

O diploma também prevê o pagamento de uma participação especial²⁹⁵ em caso de grande volume de produção ou de grande rentabilidade (art. 50), aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos *royalties*, investimentos na exploração, custos operacionais,

²⁹⁵ Introduzida pela lei nº 12.114/2009.

depreciação e tributos. O art. 50,§ 2º, II, determina que 10 % dos recursos destinados à participação especial serão distribuídos para os seguintes fins de interesse ambiental:

- (i) modelos e instrumentos de gestão, controle (fiscalização, monitoramento, licenciamento e instrumentos voluntários), planejamento e ordenamento do uso sustentável dos espaços e dos recursos naturais;
- (ii) estudos e estratégias de conservação ambiental, uso sustentável dos recursos naturais e recuperação de danos ambientais;
- (iii) novas práticas e tecnologias menos poluentes e otimização de sistemas de controle de poluição, incluindo eficiência energética e ações consorciadas para o tratamento de resíduos e rejeitos oleosos e outras substâncias nocivas e perigosas;
- (iv) sistemas de contingência que incluam prevenção, controle e combate e resposta à poluição por óleo;
- (v) mapeamento de áreas sensíveis a derramamentos de óleo nas águas jurisdicionais brasileiras; e
- (vi) estudos e projetos de prevenção de emissões e redução de gases de efeito estufa para a atmosfera.

A forma de aplicação dos *royalties* da participação especial é, por assim dizer, extremamente ampla e genérica e de impreciso vínculo com projetos de pesquisa e proteção ambiental. Como a previsão de extração de óleo no pré-sal é de considerável monta, a parcela de participação especial destinada a projetos ambientais também será alta. Uma boa oportunidade para avançar o país em tecnologias de proteção do ambiente de uma forma geral e dos mares, em particular.

Lei n. 12.351/2010 - Lei do Pré-Sal

Na mesma linha da Lei do Petróleo, a Lei do Pré-Sal foi extremamente econômica ao tratar das questões ambientais, concentrando integralmente a matéria na criação do Fundo Social – FS, vinculado à Presidência da República, com a função de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, com programas de projetos em várias áreas, dentre elas a ambiental e de “mitigação e adaptação às mudanças climáticas”, o que quer que esse conceito represente ao legislador.

Para organizar a gestão do Fundo, foi criado o Conselho Deliberativo de Fundo Social – CDFS, cuja principal atribuição é propor ao Poder Executivo, após ouvidos os Ministérios afins, quais as prioridades para a destinação dos recursos recebidos pelo Fundo.

Os recursos do FS são provenientes dos próprios contratos de partilha celebrados pela União para a pesquisa e exploração do petróleo e gás natural na camada pré-sal, e são representados pelos valores correspondentes aos bônus de assinatura, parcela de *royalties* destinada à União e da comercialização de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União.

Falta, porém, ao Fundo Social, uma definição (ou regulamentação) mais específica de como estes recursos serão geridos e, em sendo um fundo social, a forma de emprego em um sistema de prevenção, contingenciamento e regimes de compensação por danos causados por derramamento de petróleo, *blowouts* e demais incidentes próprios da atividade petrolífera.

Resolução CONAMA 398/2008

Em vigor desde 2008, a norma veio a substituir a Resolução CONAMA 293/2001. A finalidade desse importante dispositivo é estabelecer o conteúdo mínimo de requisitos que deverão ser incluídos quando da construção do Plano de Emergência Individual - PEI, utilizado em situações de incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional. A resolução nomina as instalações que deverão obrigatoriamente possuir o PEI, sendo elas: portos organizados, instalações portuárias, terminais, dutos, sondas terrestres, plataformas e suas instalações de apoio, refinarias, estaleiros, marinas, clubes náuticos e instalações similares.

No caso das plataformas de petróleo, o Plano de Emergência Individual deverá ser apresentado por ocasião do licenciamento ambiental, pendendo de aprovação para então se submeter à Licença de Operação (LO), Licença Prévia de Perfuração (Lpper) e da Licença Prévia de Produção para Pesquisa (Lppro), quando couber. O Plano de Emergência Individual deverá estar apto a executar ações de resposta e atendimento em caso de incidentes ocorridos nas instalações, de forma rápida e efetiva, empregando recursos próprios de pessoal e material em um primeiro plano, podendo contar com o apoio de terceiros, desde que haja um acordo nesse sentido. O objetivo da resolução é justamente obrigar a observância do plano por parte dessas instalações, não permitindo que sejam apresentadas justificativas como “a dependência

do poder público”, por exemplo, para evitar um eventual dano resultante de um incidente de derramamento de óleo.

Em caso de ocorrência de incidentes existem certos procedimentos que deverão estar previstos no PEI, tais como sistemas de alerta de derramamento, comunicação do incidente, estrutura organizacional de resposta, materiais empregados, procedimentos para proteção de áreas vulneráveis, limpeza de áreas atingidas, dentre outros.

Uma importante ressalva se faz necessária, uma vez que há a previsão de um importante plano de contingenciamento, porém em nível nacional, denominado Plano Nacional de Contingência (PNC). O Brasil não possui esse plano aprovado até o momento, pois ainda está na fase de discussão do projeto inicial. A demora em se estabelecer um plano tão importante quanto este poderá trazer prejuízos incalculáveis em caso de algum incidente de grande porte na costa brasileira.

4.5 O PRÉ-SAL E OS NOVOS DESAFIOS AMBIENTAIS

O desenvolvimento trilha caminhos de elevado custo ao ambiente, muitas vezes flertando com a irreversibilidade da destruição impensada e desmedida. Esse é o contexto enfrentado pela atividade da extração de petróleo na camada de do pré-sal: um audacioso e rentável projeto, porém de enormes riscos à natureza devido a peculiaridade da operação, seja no momento da lavra ou do modelo de transporte de seu produto do mar a terra.

Por serem os oceanos áreas ambientais críticas e de extrema fragilidade, as convenções internacionais devem prever um aporte normativo ambiental extremamente rigoroso, calcado em princípios protetivos e garantidores da perpetuação incólume do ambiente marinho²⁹⁶. Ao ser tutelado por um eficiente sistema normativo e orientado pelo princípio do desenvolvimento sustentável, a salvaguarda e a estabilidade ecológica do mar estariam indistintamente protegidas, propiciando que as futuras gerações um dia disponham e usufruam desses recursos, assim como o temos feito por séculos.

Parece que a forma de preservar as riquezas ainda à disposição passará necessariamente pela própria mudança da cultura humana, onde o desenvolvimento sustentável tendesse a prevalecer e, em sua esteira, outros importantes princípios ambientais, econômicos e de direito internacional.

²⁹⁶ A UNCLOS, embora reconhecidamente bem estruturada, não é capaz de por si só garantir a tutela ambiental na atividade petrolífera.

Por outro lado, é notável que a abordagem científica em matéria ambiental tem sofrido considerável mutação no decorrer dos últimos anos. De uma concepção absolutamente antropocentrista, em que o ambiente era considerado servil e à disposição da humanidade sem qualquer limitação de aproveitamento, há um movimento principiológico que tende a considerar a *natureza* como o próprio bem a ser tutelado. E é através da multidimensionalidade que induz o caráter ecocêntrico que se pode finalmente alcançar um novo modelo de análise e enfrentamento dos grandes problemas ambientais próprios da atualidade. Portanto, o desenvolvimento sustentável – tendo como fundo a *responsabilidade ambiental de longa duração* –, é exatamente uma dessas novas categorias dogmáticas que estão sendo paulatinamente inseridas em alguns importantes diplomas legais, nacionais e internacionais.

A responsabilidade de longa duração corresponde à “*obrigatoriedade dos Estados adotarem medidas de proteção ordenadas à garantia da espécie humana e da existência condigna das futuras gerações*”²⁹⁷. Ao se falar em responsabilidade ambiental de longa duração o comprometimento geral deverá ser guiado por uma responsabilidade perpétua, intergeracional, usando a melhor tecnologia possível para descobrir novas (limpas) fontes de energia e minimizar os efeitos da poluição. Note-se que o enfoque devido é o da *responsabilidade* e não *responsabilização*. A propriedade gramatical e conceitual está perfeitamente adequada a essa mudança de paradigmas, revelando prioritariamente o caráter de precaução (ante a compensação) em eventuais resultados danosos ao ambiente.

Sob o ponto de vista do direito ambiental internacional, o desafio também é gigantesco. Os efeitos transfronteiriços da poluição devem ser discutidos em nível regional e global, com a adoção de políticas de integração e harmonização ambientais haja vista sua destacada interdependência em relação aos Estados costeiros vizinhos. O mar é apenas um, sua superfície, solo e as correntes migratórias de peixes, mamíferos e aves cruzando o globo de norte a sul e leste a oeste, ao passo que todo e qualquer problema de poluição marinha de uma nação pode ser, em verdade, de várias outras.

Ao comentar sobre o desafio ecológico na ordem global, Andrew Hurrell destaca:

²⁹⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, v.13, pp.7-17, jun. 2010, p. 14.

O Estado parece ser muito grande ou muito pequeno para lidar com esses desafios: muito grande para formatar estratégias viáveis de desenvolvimento sustentável, que pode apenas ser desenvolvido de baixo para cima; e muito pequeno para o efetivo gerenciamento de problemas globais, como o combate às mudanças climáticas e a proteção da biodiversidade – que, pela sua natureza, demanda cada vez mais uma ampla cobertura de formas de cooperação internacional²⁹⁸.

Sabe-se que os efeitos de degradação ambiental não se limitam pelas fronteiras dos países e podem chegar a qualquer lugar do globo pela força das correntes, ventos e marés. Os efeitos das ações poluentes são eventualmente sentidos e enfrentados em outros países em uma tênue fração de tempo. Dessa forma, o *princípio da cooperação* existente em direito internacional também é norteador da proteção ambiental, representando uma “*política solidária dos Estados, tendo em mente a necessidade de proteção intergeracional de caráter ambiental*”²⁹⁹. A cooperação entre as nações se dá por diversas vias, tais como o dever de informação de um Estado a outro em situações de risco ambiental e dever de assistência e auxílio para evitar catástrofes ambientais.

Ao sistematizar todos esses conceitos, princípios e características do ambiente em um nível local – porém pensando globalmente -, torna-se evidente que a exploração de petróleo no pré-sal existente na plataforma continental brasileira é uma atividade que necessita urgentemente de um aporte normativo ambiental mais específico, calcado em princípios ambientais robustos, integrando essa concepção à nova plasticidade da juridicidade ambiental que está em plena construção. Obviamente que seria uma leviandade afirmar que apenas a edição de um perfeito sistema normativo seria suficientemente hábil a modificar décadas de indiferença sócio-ambiental. A mudança está justamente arraigada ao comportamento, a uma diferente forma de ver a natureza e dela dispor.

²⁹⁸ HURREL, Andrew. **On Global Order: power, values, and the constitution of international society**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p.216.

²⁹⁹ MORATO LEITE; AYALA, op.cit., p.56

Os Estados possuem o direito soberano de explorar seus recursos naturais, porém devem se submeter a uma obrigação inerente de fazê-lo com sustentabilidade (ambiental e social), sob os auspícios do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais³⁰⁰. Embora as reservas situem-se em grande parte na plataforma continental, ao Brasil reserva-se o exercício de direitos soberanos sobre esses recursos e, definitivamente, o exercício de verdadeira jurisdição em relação à proteção ambiental (na inteligência do Art. 56, “b”, da UNCLOS).

Porém, deve ser consignado que a soberania permanente também induz uma abordagem diferente do conceito clássico de soberania, essa sendo muito mais ampla e relativa à própria existência do Estado na ordem internacional. A soberania permanente é um conceito extremamente específico, orientando apenas e tão somente questões relativas aos recursos naturais.

O exercício da soberania permanente exige a observância de certas obrigações, sendo que aquela que orienta e contém as demais é definitivamente a obrigação inerente ao *desenvolvimento sustentável*. Diante da aparente irreversibilidade da atual política energética nacional – que incentiva a lavra do petróleo no pré-sal e se diz dela amplamente dependente –, há a necessidade de que ao menos os riscos inerentes à exploração sejam minimizados, uma vez que nunca cessarão.

A reflexão que perdura, entretanto, é o fato de ainda não haver uma normatização específica ambiental sobre o pré-sal. É urgente a criação de um sistema que prestigie a forma mais limpa e segura de explorar o fundo do oceano, criando novos mecanismos de sustentabilidade e buscando tecnologias de última geração destinadas não apenas a recuperar o máximo possível de matéria sedimentar, mas tecnologias que privilegiassem o caráter ambiental ao econômico. Uma vez que o país está sendo um exemplo de alto padrão tecnológico ao mundo ao patrocinar uma atividade altamente complexa e inédita pela sua natureza, poderia também prover um inteligente e completo aparato normativo ambiental ao setor petrolífero e garantir a proteção e riqueza dos oceanos por gerações.

³⁰⁰ No sentido de *obrigação*. O setor energético europeu guia-se em norma que repisa o PSPSRN. O Tratado da Carta de Energia, de 1994, o mais importante instrumento de regulação desse setor na União Europeia, traz em seu texto final o “reconhecimento da soberania permanente sobre os recursos energéticos”, reafirmando que estes devam ser exercidos de acordo e sujeito às regras de direito internacional” (Art.18). In: TAVERNE, op. cit., p.352

5 CONCLUSÃO

No decorrer desse estudo foram considerados os aspectos da fragmentação do direito internacional e da existência de um direito ambiental internacional autossuficiente. A fragmentação é apenas uma resposta a um mundo plural, um fenômeno plenamente natural e que terá outros desdobramentos estruturais sempre que a comunidade internacional assim exigir. Também é claro que a fragmentação é um meio e não um fim em si mesmo, haja vista a especialização de normas e a ascensão de novas áreas que naturalmente dinamizarão o direito internacional geral.

O direito internacional fragmentado em direito ambiental internacional é um reflexo dos anseios internacionais referentes à preocupação ambiental. O sistema é caracterizado pelo surgimento de novos regimes, novas normas e novos princípios que dão uma resposta efetiva às questões ambientais mais importantes. A poluição e os reflexos da degradação não respeitam fronteiras e as atividades não sustentáveis poderão trazer riscos ambientais irreparáveis ou de difícil reparação a terceiros Estados e ao mundo. Daí a necessidade de buscar o direito em um nível internacional.

Portanto, um direito ambiental especializado e com grandes expectativas de cada vez mais estruturar-se em um nível global, também reflete a capacidade de manobra dos países não desenvolvidos nos processos de discussão e aprovação de relevantes instrumentos que possam coerentemente promover a proteção do planeta, especialmente na Assembleia Geral da ONU. O surgimento e evolução das várias Resoluções tratando da soberania permanente sobre os recursos naturais é um exemplo icônico.

A soberania permanente é recorrentemente tratada pelos especialistas como um princípio arraigado na ONU e fundado principalmente nas Resoluções da Assembleia Geral. Porém, aspectos de costume internacional e de *jus cogens* também podem ser encontrados em sua estruturação. Fato é que a soberania permanente já é reconhecida pelo direito internacional e tem se transformado desde sua gênese. Primeiro porque garante o livre acesso e aproveitamento das riquezas das nações, pouco importando seu grau de desenvolvimento; segundo, porque as obrigações inerentes são uma garantia à perpetuação do ambiente e das futuras gerações. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável é um princípio chave inerente e considerado como a principal obrigação no exercício da soberania permanente.

Um aspecto relevante sobre a soberania permanente é que esta fora caracterizada desde os primórdios na ONU pela união de esforços dos países não desenvolvidos para que estes obtivessem livre acesso e fruição de seus próprios recursos naturais. Porém é necessário dizer que os interesses de países desenvolvidos e de grandes empresas internacionais poderiam de alguma forma corromper a nacionalização das riquezas naturais através do oferecimento de novos contratos de exploração a países com menor poder de negociação. A expropriação visando privilegiar futuros contratos infelizmente é uma possibilidade e que definitivamente depõe contra o sentido do princípio da soberania permanente.

Especificamente sobre o Brasil, a descoberta de enormes jazidas de óleo e gás natural nas bacias sedimentares localizadas na plataforma continental brasileira induz uma perspectiva de um acréscimo significativo na construção e operacionalização de novas plataformas de extração *offshore*, o que naturalmente acarretará um substancial aumento dos riscos e da poluição oriunda dessa atividade. Vale lembrar que o ecossistema marinho é extremamente frágil e eventuais incidentes de derramamento de óleo potencialmente afetariam vários outros países com o movimento das correntes marinhas, dos ventos e migração de animais.

De todo o arcabouço normativo que rege as relações com o mar, o direito internacional possui um papel significativo para a proteção ambiental, regulando o uso racional dos recursos e estabelecendo instrumentos protetivos àquele ambiente. Nesse contexto, porém, verifica-se a existência de poucos instrumentos multilaterais específicos para regular a atividade de exploração de petróleo e nenhum para o pré-sal, devido ao seu ineditismo. Frustra perceber que pouca movimentação é percebida na atual conjuntura no sentido de editar e promover normas e preceitos que visem a proteção ambiental integrada à exploração de hidrocarbonetos na camada pré-sal brasileira.

Outra grande lacuna a ser preenchida é a inexistência de convenções específicas sobre sistemas de compensação de danos ambientais causados por incidentes envolvendo a extração de petróleo e a ausência de um fundo internacional específico, com a finalidade de compensar as vítimas, populações costeiras, pescadores e a própria restauração ambiental.

Por fim, percebe-se que a soberania permanente se traduz na garantia aos Estados em explorarem livremente seus recursos naturais próprios, porém com a obrigação perante a comunidade internacional de fazê-lo de forma sustentável, com instrumentos de prevenção a

eventuais danos ambientais e a responsabilidade de manter os recursos para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREEN, Willian L. Environmental Law and the Challenge of Strengthening Environmental Law in the Developing World. **Journal of Environmental Law**, Oxford, v.25, pp.17-69, 2000
- AGUIRRE, Robert W. **The Panama Canal**. v.15. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010
- ATAPATTU, Sumudu A.. **Emerging Principles of International Environmental Law**. New York: Transnational, 2006
- BARROS, José Fernando Cedeño. **Direito do Mar e do Meio Ambiente – a Proteção de Zonas Costeiras e Litorais pelo Acordo Ramoge**: contribuições para o Brasil e o Mercosul. São Paulo: Aduaneiras, 2007
- BENVENISTI, Eyal. **Sharing Transboundary Resources: International Law and optimal resource use**. Cambridge: Cambridge, 2002
- BETTATI, Mario. **O Direito de Ingerência: Mutação da Ordem Internacional**. Tradução de Ana Faria. Lisboa: Instituto Piaget, 1996
- BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. **International Law & the Environment**. 2.ed. Oxford: Oxford, 2002
- BODANSKI, Daniel. Customary (And Not So Customary) International Environmental Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Indianapolis, 1995, v.3. pp. 105-119
- BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen (Ed.). **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford: Oxford, 2010
- BODIN, Jean. **Six Books of the Commonwealth**. Traduzido por M.J. Tooley. Oxford: Alden Press, 2003
- BOSELMANN, Klaus. **The Principle of Sustainability: transforming law and governance**. Hampshire: Ashgate, 2008

BRATSPIES, Rebecca M. A Regulatory Wake Up Call: Lessons from BP's Deepwater Horizon Disaster. **Golden Gate University Environmental Law Journal**, San Francisco, v.5, pp 7-60, 2011

BROWN, Edward Duncan. **The International Law of the Sea**. Vol.I. Cornwall: Dartmouth, 1994

BROWNLIE, Ian. A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection. **Natural Resources Journal**. Albuquerque, v.13. pp. 179 – 189, 1973

_____. **Principles of Public International Law**. 6. ed. New York: Oxford University Press, 2003

BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. **Sustainable Development in International and National Law**. Groningen: Europa Law, 2008

BYERS, Michael. **A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007. Tradução de Clóvis Marques

_____. Custom, power and the power of rules: customary international law from an interdisciplinary perspective. **Michigan Journal of International Law**, Ann Harbor, v.17, p.109-180, 1995

CABRANES, José. Customary international law: what it is and what it is not. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v.22, pp. 143-152, 2011

CAGGIANO, Mark J. T. The legitimacy of environmental destruction in modern warfare: customary substance over conventional form. **Environmental Affairs Law Review**, Boston, v. 20, pp.479-506, 1993

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, v.13, pp.7-17, jun. 2010

CEPIK, Marco; CARRA, Marcos. Nacionalização Boliviana e Desafios da América do Sul. **Observatório Político Sul-Americano**, Rio de Janeiro, pp.1-08, abr. 2006

CHRISTIANSEN, Silke Marie. **Environmental Refugees: a legal perspective**. Nijmegen: Wolf Legal, 2010

DE LA RUE, Colin; ANDERSON, Charles B. **Shipping and the Environment: Law and Practice**. London: LLP, 1998, p.32

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Londres: Duckworth, 1977

DÉJEANT-PONS, Maguelonne; PALLEMAERTS, Marc. **Human Rights and the Environment**. Strasbourg: Council of Europe, 2002

ECKERSLEY, Robin. Ecological intervention: prospects and limits. **Ethics & International Affairs**. New York, v.21, n.3, pp. 293 – 316, 2007

ELIAN, George. **The Principle of Sovereignty Over Natural Resources**. Alphen aan den Rijn: Sitjhoff, 1979

FOCARELLI, Carlo. Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects. **Nordic Journal of International Law**, Leiden, v.77, pp. 429-459, 2008

GARIBALDI, Oscar M. The Legal Status Of General Assembly Resolutions: Some Conceptual Observations. **American Society of International Law**, Cambridge, v.73, pp. 324-327, 1979

GESS, Karol N. Permanent sovereignty over natural resources: an analytical review of the United Nations Declaration and its genesis. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 13, pp.398-449, abr. 1964

GROTIUS, Hugo. **Mare Liberum**. Editado e anotado por Robert Feenstra. Leiden: Brill, 2009

GUTIÉRREZ, Norman Martínez (Ed.). **Serving the Rule of International Maritime Law: essays in honour of Professor David Joseph Attard**. Oxon: Routledge, 2010

HERNANDEZ-PEREZ, Adriana. Economics of oil regulation and the Brazilian reform: some issues. **Energy Policy**, Hastings, v. 39, p.57-65, 2011

HEY, Ellen. Sustainable Development, Normative Development and the Legitimacy of Decision Making. **Netherlands Yearbook of International Law**, Den Haag, v. 34, pp. 3 – 53, 2003

HIGGINGS, Rosalyn. **The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations**. Oxford: Oxford, 1963

HURREL, Andrew. **On Global Order: power, values, and the constitution of international society**. Oxford: Oxford University Press, 2007

HURREL, Andrew; KINGSBURY, Benedict (Ed.). **The International Politics of the Environment**. New York: Oxford, 1992

HYDE, James N. Permanent sovereignty over natural wealth and resources. **American Journal of International Law**, New York, v. 50, pp.854-867, 1956

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Berlin Conference - International Law on Sustainable Development**, 2004

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Quinquagésima quinta sessão**. Genebra, 01 mai. a 9 jun. e 3 jul. a 11 ago. 2006

KEOHANE, Robert O. Institutionalization in the United Nations General Assembly. **International Organizations**, Cambridge, v.23, pp.859-896, 1969

_____. The study of political influence in the General Assembly. **International Organization**, Cambridge, v. 21, pp. 2210-237. mar. 1967

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **International Environmental Law**. 3.ed. Ardsley: Transnational Publishers, 2004

KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: the structure of international legal argument.** Cambridge: Cambridge, 2009

_____. **The Politics of International Law.** Oxford: Hart, 2011

KOSKENNIEMI, Martii; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law: postmodern anxieties? **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 15, pp. 553-579, 2002

KRASNER, Stephen. Abiding Sovereignty. **International Political Science Review**, Thousand Oaks, v. 22, n. 3, pp.229-251, July, 2001

KUOKKANEN, Tuomas. **International Law and the Environment: variations on a theme.** Kluwer Law International: The Hage, 2002

LANG, Winfried. **Sustainable Development and International Law.** Berlin: Springer, 1995

LEARY, David; PISUPATI, Balakrishna (Ed.). **The Future of International Environmental Law.** Tokyo: United Nations University, 2010

LEATHLEY, Christian. An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: has the ILC missed an opportunity? **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 40, pp. 259-306, 2008

LINDERFALK, Ulf. What Is So Special About Jus Cogens? On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law. **International Community Law Review**, Leiden, v.14, pp.3-18, 2012

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2000

MARR, Simon. The southern bluefin tuna cases: the precautionary approach and conservation and management of fish resources. **European Journal of International Law**, Florença, v. 11, n. 4, pp.815-831, 2000

MARTINEAU, Anne-Charlotte. The Rhetoric of Fragmentation: Fear and faith in international law. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v.22, pp. 1–28, 2009

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**, v.1. 3. ed. Barueri: Manole, 2008

MCGOLDRICK, Dominique. Sustainable Development and human rights: an integrated conception. **Cambridge International and Comparative Law Quarterly**. Cambridge, v. 45, n. 4, pp. 796-818, 1996

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008

MENDES, Tiago de Araújo; RODRIGUES FILHO, Saulo. Antes do pré-sal: emissões de gases de efeito estufa do setor de petróleo e gás do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 26, n. 74, pp.203-217, 2012

MILARÉ, Édís. **Direito do Meio Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência e Glossário. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MOLENAAR, Erik J.; ELFERINK, Alex G. Oude. **The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction**: current and future developments. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patrick. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3.ed. São Paulo: RT, 2010

NAFZIGER, James A. R. Basic Functions and Principles Of International Environmental Law in the Context of Managing Water Resources. **Denver Journal of International Law and Policy**, Denver, v.39, pp.381-395, 2011

ONU. **Convention for Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR)**. Paris, 1992

PERREZ, Fraz Xaver. **Cooperative Sovereignty**: from independence in the structure of international environmental law. Den Haag: Kluwer Law International, 2000

_____. The relationship between "permanent sovereignty" and the obligation not to cause transboundary environmental damage. **Environmental Law**, Portland, v. 26, pp.1188-1212, out. 1996

PETTIT, David; NEWMAN, David. Blowout: Legal Legacy of the Deepwater Horizon Catastrophe: Federal Public Law and the Future of Oil and Gas Drilling on the Outer Continental Shelf. **Roger Williams University Law Review**, Bristol, v.17, p.184-220, 2012

PINHO, Cláudio A. **Pré-Sal: História, Doutrina e Comentários às Leis**. São Paulo: Legal, 2010

POST, Alexandra Merle. **Deepsea Mining and the Law of the Sea**. Den Haag: Martinus Nijhoff, 1983

PRESCOTT, Victor; SCHOFIELD, Clive. **The Maritime Political Boundaries of the World**. 2.ed. Leiden: Maetinus Neijhoff, 2005

PULKOWSKI, Dirk; SIMMA, Bruno. Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 17, n. 3, p.483-529, 2006

RAJAN, M. S. **Sovereignty Over Natural Resources**. New Delhi: Radiant, 1978

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações Internacionais**. 5 ed. São Paulo: RT, 1997

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. **Journal of World Energy Law & Business**, Oxford, v. 2, n. 2, pp.129-148, 2009

ROMANO, Cesare. The Proliferation of International Judicial Bodies: the pieces of the puzzle. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 31, pp. 709-751, 1999

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999

SALCEDO, Juan Antonio Carrilo. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. **European Journal of International Law**, Firenze, v.8, pp.583-585, 1997

SANDS, Phillippe. **Principles of International Environmental Law**. 2.ed. Cambridge: Cambridge, 2003

_____. **Principles of International Law**. 2.ed. Cambridge: Cambridge, 2011

SCHRIJVER, Nico. **Sovereignty over Natural Resources: balancing rights and duties**. Edimburgh: Cambridge, 2008

_____. **The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status**. Leiden: Brill, 2008

SCHIRJVER, Nico; PRISLAN, Vid. From *Mare Liberum* to the Global Commons: Building on the Grotian Heritage. **Grotiana**, Leiden, v.30, pp.168–206, 2009

SCHWARTZ, Priscilla. Sustainable Development in International Law. **Non-State Actors and International Law**, Leiden, v.5, pp. 127-152, 2005

SEABRA, Alessandra Aloise de; FREITAS, Gilberto Passos de; POLETTE, Marcus e CASILLAS, T. Ángel Del Valls. A promissora província petrolífera do pré-sal. **Rev. Direito GV**, v.7, n.1, pp. 57-74, 2011

SHANMUGANATHAN, D.; WARREN, L. M. Status of sustainable development as a principle of national and international law: the Indian approach. **Journal of Environmental Law**, Oxford, v.9, n. 2, pp.387 -447, 1997

SMITH, Barry D. **State Responsibility and the Marine Environment: the rules of decision**. Oxford: Clarendon, 1988

SMITH, Robert W. **Exclusive Economic Zone Claims: as analysis and primary documents**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. v.1. São Paulo: Atlas, 2002

STEPHANS, Tim. **International Courts and Environmental Protection**. Cambridge: Cambridge, 2009

SUAREZ, Suzette. **The Outer Limits of the Continental Shelf**: legal aspects of their establishment. Heidelberg: Springer, 2008

SZKLO, Alexandre; MACHADO, Giovani; SCHAEFFER, Roberto. Future oil production in Brazil: Estimates based on a Hubbert model. **Energy Policy**, Hastings, v. 35, pp.2360-2367, 2007

TANJA, Gerard Jacob. **The Legal Determination of International Maritime Boundaries**. Leiden: Kluwer, 2008

TAVERNE, Bernard. **Petroleum, Industry and Governments**: a study of the involvement of industry and governments in the production and use of petroleum. 2. Ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2008

TREVES, Tullio et al. **Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements**. The Hage: T.M.C.Asser, 2009

VALADÃO, Marcos; PORTO, Nara Galeb. Brazilian response to international financial crisis, the pre-salt discovery by Petrobras and the new free trade areas in the cities of Brazil. **Law And Business Review of the Americas**, Texas, v. 15, pp.673-680, 2009

VATTEL, Emmerich de. **Les droit des gens ou principes de la loi naturelle**. Livro II. Tradução de Joseph Chitty. Philadelphia: T. & J.W.Johnson, 1883.

VERDROSS, Alfred. *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law. **American Journal of International Law**, Washington D.C. v. 60, pp. 59-60, 1966

VIDAS, Davor; SCHEI, Peter Johan (ed.). **The World Ocean in Globalisation**: climate change, sustainable fisheries, biodiversity, shipping, regional issues. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011

VOIGT, Christina. **Sustainable Development as a Principle of International Law**: resolving conflicts between climate measures and WTO law. Leiden: Brill, 2009

WIGHT, Martin. **A Política do Poder**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002,

WOLFRUM, Rüdiger; MATZ, Nele. **Conflicts in International Environmental Law**. Heidelberg: Springer, 2010

Referências por meio eletrônico:

GOUVEIA, Flávia. Tecnologia nacional para Extrair Petróleo e Gás no Pré-Sal. **Conhecimento & Inovação**. 2010, v. 6, n. 1, pp. 30-35.

Disponível em

<http://Inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-43952010000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 ago. 2011.

IMO. International Maritime Organization. **Status of Conventions by Country**. Disponível em: <www.imo.org>. Acesso em: 10 fev. 2010.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **East Timor (Portugal v. Australia)**. Merits. The Hague, 1995. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=430&code=pa&p1=3&p2=3&case=84&k=66&p3=5>>. Acesso em: 27 set. 2012.

_____. **Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungria v. Eslováquia)**. Merits. The Hague, 1997. Disponível em:

<<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

_____. **Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)**. Merits. The Hage, 1974. Disponível em:<[www.icj-](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=)

www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=317&code=nzf&p1=3&p2=3&case=59&k=6b&p3=5> Acesso em: 20 jan. 2012.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **New Delhi Declaration**, 2002. Disponível em:

<http://cisdl.org/tribunals/pdf/NewDelhiDeclaration.pdf>>. Acesso em: 21 abr 2012, p. 212.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the expansion and diversification of international law**. Report of the study group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi. Genebra, 2006. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682_add1.pdf.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)**. Merits. Hamburg, 1999. Disponível em: < <http://www.itlos.org/index.php?id=62#c594>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNCTAD**. Genebra, 1964. Disponível em: < http://unctad.org/en/Docs/econf46d141vol1_en.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2012.