

Henrique Lago da Silveira

**O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA
IMPOSIÇÃO DE BARREIRAS CLIMÁTICAS UNILATERAIS
AO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE BENS**

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

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cristiane Derani

Florianópolis
2013

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

Silveira, Henrique Lago da

O princípio do desenvolvimento sustentável na imposição de barreiras climáticas unilaterais ao comércio internacional de bens / Henrique Lago da Silveira ; orientadora, Cristiane Derani - Florianópolis, SC, 2013.

321 p. ; 21cm

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

Inclui referências

1. Direito. 2. Desenvolvimento sustentável. 3. Sistema multilateral do comércio. 4. Mudanças climáticas. 5. Barreiras climáticas unilaterais. I. Derani, Cristiane. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Henrique Lago da Silveira

**O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA
IMPOSIÇÃO DE BARREIRAS CLIMÁTICAS UNILATERAIS
AO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE BENS**

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

Florianópolis, 28 de junho de 2013.

Prof. Luiz Otávio Pimentel, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof.^a Cristiane Derani, Dr.^a
Orientadora
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a Joana Stelzer, Dr.^a
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Everton das Neves Gonçalves, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Umberto Celli Junior, Dr.
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP

A meu irmão, Artur Bedin da Silveira, esperando que sirva de inspiração e incentivo para não esmorecer durante a árdua e necessária caminhada para se chegar aonde se quer, sobretudo no fantástico campo do direito.

AGRADECIMENTOS

Conclui-se mais uma etapa de um processo. Por essa razão, não é possível limitar os agradecimentos àqueles que contribuíram para aquela sem fazer a justa menção a todos que foram imprescindíveis para a ocorrência deste. Pecar pela omissão, agora, seria imperdoável.

Com muito carinho, agradeço àquela que tornou a presente pesquisa uma possibilidade concreta, ao me acolher quando portas outrora abertas se fecharam e aceitar o desafio de conduzir a orientação de um advogado mestrando, e não o oposto, sem medo das implicações do encargo. Sinceramente, muito obrigado, Professora Dr^a Cristiane Derani.

A obstinação por conduzir com igual seriedade as tarefas inerentes à vida dupla de profissional e acadêmico, ao longo das diversas madrugadas em claro, deve-se, em larga escala, aos valores decorrentes da formação pessoal que tive o privilégio de adquirir. Por isso, agradeço de modo muito especial à minha mãe, Marli Lago, e a Vitor Paulo Camargo Goulart, cada um a seu modo, educadores, cujas lições de caráter e hombridade ainda norteiam minhas atitudes diárias.

As dificuldades da etapa necessitaram constantes conversas, apoio e incentivo emocional, os quais foram fundamentais para que se chegasse aqui. Muito obrigado, pai, por se fazer cada vez mais presente durante os momentos tortuosos desta etapa de vida.

Pelos momentos de discussão, reflexão e confraternização, acadêmica ou não, também presto meus sinceros agradecimentos aos colegas do mestrado, por dividirem comigo passos do caminho. Em especial, aos amigos Felipe Boselli, Silvano Denega Souza, Rafael de Miranda Santos e, sobretudo, a Gabriela Werner de Oliveira.

No mesmo sentido, agradeço de coração a todos os irmãos que a vida me deu, sem distinção da consanguinidade, não só pela convicção que sempre tiveram no sucesso desta empreitada, como também por todos os momentos de alegria e tristeza compartilhados ao longo do tempo. De forma muito sincera, meu abraço fraterno a Artur Bedin da Silveira, Renan Cunha, Paolo Stelati, Bruno de Andrade Christófoli, Saulo Henrique Aléssio Cesa, Carlos Alberto Döering Zamproгна e Rafael Brisot Bevilaqua.

A conclusão do texto somente foi possível, com a abrupta e inesperada mudança para São Paulo, em razão da tranquilidade decorrente de (re)encontrar, também aqui, irmãos com quem dividir angústias pessoais e acadêmicas, bem como largas porções de

felicidade. Obrigado, Guilherme Afonso Sasso De Marchi, amigo de uma vida, Norton Bergamaschi, Adauto Ferreira e Stela Awad Tassi.

As ausências do ambiente corporativo em virtude das atividades acadêmicas não só foram suportadas como incentivadas pelos grandes amigos e colegas de trabalho da Bornhausen & Zimmer Advogados. Por isso, agradeço àqueles que sempre me deram oportunidades de crescimento profissional e depositaram irrestrita confiança no meu trabalho, em especial a Lauro Cavallazzi Zimmer e Rafael Barreto Bornhausen.

Imprescindível agradecer, finalmente, ao grande amigo e colega Guilherme Trilha Philippi, incentivador incondicional que não mediu esforços para permitir que fosse possível trilhar essa caminhada em meio às intempéries da profissão que escolhemos.

Transfere a observação para o teu campo de experiência diária e não olvides que as situações externas serão retratadas em teu plano interior, segundo o material de reflexão que acolhes na consciência. [...] Se duvidas de ti próprio, ninguém confia em teu esforço.

Francisco Cândido Xavier,
pelo Espírito Emmanuel.

RESUMO

O presente estudo se debruça sobre o intrincado conceito do desenvolvimento sustentável no plano do direito internacional, com o objetivo de posicioná-lo enquanto fonte deste ramo do direito, investigar seu conteúdo jurídico e, assim, seus efeitos nos ordenamentos do comércio internacional e das mudanças climáticas. Parte-se de sua evolução histórica e da análise jurisprudencial, a fim de demonstrar seus elementos preponderantes. Em um segundo momento, coteja-se suas características com as normas de direito internacional público para permitir a conclusão que se trata de um princípio de direito internacional. Seu conteúdo jurídico é de norma de integração, destinada a atrair a um mesmo caso concreto a aplicabilidade de diversos ordenamentos jurídicos, sempre com vistas à garantia da manutenção das bases naturais sobre as quais se sustenta a vida na Terra. A partir desse conceito, verifica-se que o princípio também está presente no âmbito do ordenamento jurídico do comércio internacional (de bens) bem como das mudanças climáticas, revelando que exerce uma força endógena e exógena sobre os ordenamentos. O ponto chave de sua atuação em ambos se dá no sentido de administrar conflitos entre a imposição de barreiras climáticas e o comércio internacional, enquanto aquelas são postas como exceções a este regime, notadamente as previstas nas alíneas (b) e (g) do artigo XX do GATT. Dentro desse dispositivo, o princípio internacional do desenvolvimento sustentável atua como elemento justificador para a imposição de tais restrições unilaterais, permitindo que sejam compatibilizados ambos os ordenamentos jurídicos com vistas a permitir a continuidade da vida na Terra por meio da preservação do sistema climático sem que se implique em uma negativa de vigência aos princípios do livre comércio.

Palavras-Chave: Desenvolvimento sustentável. Sistema multilateral do comércio. Mudanças climáticas. Barreiras climáticas unilaterais. Justificação nos termos do artigo XX do GATT.

ABSTRACT

The present addresses over the intricate concept of sustainable development in the field of international law, with the objective of frame it between the sources of this branch of law, investigate its legal content and, then, its effects both in the field of world trade organization and in climate change law. The study begins from the historical evolution and jurisprudential analysis, in order to reveal its most important elements. In a second moment, collates its characteristics with the norms of public international law to allow the conclusion that it is a principle of international law. Its legal content is of a legal principle of integration, which acts in the sense of attracting to the same case the application of a wide range of legal orders (economic, environmental, social), with the scope of assure the maintenance of the natural basis that sustain life on Earth. From this concept, it is possible to verify that the principle also is present in WTO (of goods) and climate change juridical orders, what reveals that it acts in two ways over the legal regimes, in an endogenous and exogenous ones. The most relevant *locus* of principle's actuation in both systems is to deal with the conflict between the use of climate measures and the free trade principles of WTO law, as exceptions in the sense of article XX(b) and (g) of the GATT. Inside this norm, the international principle of sustainable development act to justify the imposition of this kind of unilateral restriction, allowing the compatibility of both legal systems in order to assure the maintenance of the natural basis that sustain life on Earth by the preservation of climate system without implying a violation of free trade principles.

Keywords: Sustainable development. WTO law. Climate change. Unilateral climate measures. Justification under GATT's article XX.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	19
2	CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO E CONTEÚDO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL.....	27
2.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	27
2.1.1	As raízes do termo desenvolvimento sustentável	27
2.1.2	A cristalização da concepção de meio ambiente enquanto ativo econômico no campo do direito internacional	32
2.1.3	A inserção da preocupação com a conservação da natureza como sustentáculo para o desenvolvimento econômico.....	34
2.1.4	A Conferência de Estocolmo e a consolidação de um novo paradigma	38
2.1.5	A caminhada de Estocolmo até o Relatório Brundtland – o surgimento do conceito de desenvolvimento sustentável	42
2.2	A PRESENÇA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS DIVERSOS CAMPOS DO DIREITO INTERNACIONAL	54
2.2.1	Na Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e na Declaração do Rio, de 1992.....	54
2.2.2	Na Cúpula Mundial de Johannesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, de 2002.....	65
2.2.3	Na Conferência Rio + 20, de 2012	66
2.2.4	Presença do desenvolvimento sustentável no Direito Internacional do Meio Ambiente.....	70
2.2.5	Presença do desenvolvimento sustentável no Direito Internacional da Economia.....	85
2.2.6	Presença do desenvolvimento sustentável em outros ramos do Direito Internacional.....	100
2.2.7	A presença do desenvolvimento sustentável na jurisprudência internacional	103
2.3	O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL.....	116
2.3.1	Características jurídicas dos princípios gerais de direito internacional	116
2.3.2	O desenvolvimento sustentável enquanto princípio geral de direito internacional.....	125
2.3.3	Conteúdo do princípio do desenvolvimento sustentável no direito internacional.....	141

3	CAPÍTULO 2 - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL AO REGIME JURÍDICO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS.....	147
3.1	A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO SISTEMA JURÍDICO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO	149
3.1.1	Princípios e regras basilares do sistema jurídico da Organização Mundial do Comércio.....	149
3.1.2	O princípio do desenvolvimento sustentável e o Tratado de Marrakesh.....	158
3.1.3	O tratamento do desenvolvimento sustentável pela jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.....	163
3.2	PRESENÇA E ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇAS NO CLIMA E NO PROTOCOLO DE QUIOTO	175
3.2.1	Princípios norteadores da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima e do Protocolo de Quioto ...	179
3.2.2	O princípio do desenvolvimento sustentável no regime jurídico das mudanças climáticas	193
3.2.3	A obrigação geral de redução e os institutos práticos do Protocolo de Quioto que dão vazão à regra e ao princípio do desenvolvimento sustentável.....	196
3.3	SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE MEDIDAS UNILATERAIS VOLTADAS À PROTEÇÃO DO SISTEMA CLIMÁTICO E O ORDENAMENTO JURÍDICO DA OMC.....	202
3.3.1	Medidas unilaterais no contexto do comércio e meio ambiente	205
3.3.1.1	<i>Unilateralismo e medida unilateral legal no âmbito do conflito meio ambiente e comércio.....</i>	<i>207</i>
3.3.1.2	<i>Unilateralismo x exercício de jurisdição extraterritorial.....</i>	<i>209</i>
3.3.1.3	<i>Mecanismos de controle da compatibilidade de ações ambientais unilaterais de jurisdição extraterritorial no âmbito do GATT/OMC.....</i>	<i>213</i>
4	CAPÍTULO 3 - O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA IMPOSIÇÃO DE BARREIRAS CLIMÁTICAS UNILATERAIS AO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE BENS	217
4.1	O REGIME JURÍDICO DAS EXCEÇÕES AMBIENTAIS AO	

	COMÉRCIO INTERNACIONAL DE BENS – ART. XX(B) E (G) DO GATT	224
4.1.1	O funcionamento do Artigo XX do GATT	224
4.1.2	A operacionalidade da regra da exceção prevista no artigo XX(b) do GATT, sua aplicação e interpretação pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC	228
4.1.3	O funcionamento da regra indicada no artigo XX(g) do GATT à luz da prática jurisprudencial do OSC	243
4.1.3.1	<i>Recurso natural esgotável</i>	243
4.1.3.2	<i>“Relativo a” conservação</i>	248
4.1.3.3	<i>Concomitância com restrições na produção ou consumo doméstico</i>	252
4.2	OS FILTROS DO <i>CAPUT</i> DO ARTIGO XX DO GATT	255
4.2.1	Discriminação Arbitrária	260
4.2.2	Discriminação Injustificada	265
4.3	BARREIRAS CLIMÁTICAS UNILATERAIS E SUA JUSTIFICAÇÃO POR MEIO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	272
4.3.1	Enquadramento das barreiras climáticas nas alíneas (b) e (g) do art. XX do GATT	276
4.3.1.1	<i>Artigo XX(b)</i>	276
4.3.1.2	<i>Artigo XX(g)</i>	280
4.3.2	Submissão da restrição ao teste do <i>caput</i>: o papel do desenvolvimento sustentável para a justificação de tais medidas	282
4.3.2.1	<i>Desenvolvimento Sustentável e Discriminação Arbitrária</i>	285
4.3.2.2	<i>Desenvolvimento Sustentável x Discriminação Injustificada</i>	289
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	296
	REFERÊNCIAS	306

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo nasceu em decorrência da dificuldade de se encontrar, na bibliografia nacional, uma abordagem sistemática e coerente acerca dos contornos que definem a natureza, o espectro de abrangência e o modo de atuação do desenvolvimento sustentável enquanto norma jurídica, tanto na esfera do direito interno brasileiro quanto no campo do direito internacional.

De fato, a doutrina pátria ora identifica no aludido conceito a solução definitiva para os problemas decorrentes do conflito entre meio ambiente, economia, e desigualdades sociais, definindo-o como o elemento-chave para que haja um direito ao futuro, sem, contudo, situá-lo enquanto norma jurídica de um modo minimamente pragmático. Ora, todavia, limita-se a tratá-lo enquanto princípio constitucional, sem, contudo, enfrentar a difícil tarefa de conferir-lhe conceituação jurídica delineada e investigar de que formas o princípio se manifesta, de modo que tais análises caem no abismo da abstração e da vagueza.

Por outro lado, percebe-se a intenção de parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras de aplicar o aludido princípio a casos concretos – nesse sentido, inclusive, há recentes decisões do Supremo Tribunal Federal¹. Ocorre que no campo do direito brasileiro, não se trata somente de uma tentativa de conferir ao postulado aplicação prática, mas de necessidade de fazê-lo, o que implica, inexoravelmente, na imprescindibilidade de definir quais seus efeitos jurídicos.

Isso porque cada vez mais o conceito de desenvolvimento sustentável tem sido inserido nos diversos campos do direito brasileiro, notadamente aqueles ligados ao meio ambiente e a economia. Cite-se como exemplos a inclusão do conceito enquanto objetivo a ser atingido pelas licitações públicas (art. 3º da Lei 8.666/93) e pela nova lei florestal brasileira (parágrafo único do art. 1º-A da Lei 12.651/2012), enquanto princípio da política nacional de resíduos sólidos (art. 6º, IV, da Lei 12.305/2010), e da política nacional de mudanças climáticas (art. 3º, *caput*, IV, da lei 12.187/2009), para citar apenas alguns dos mais recentes diplomas normativos.

Todavia, não se verificou, ao longo da pesquisa que antecedeu o presente estudo, algum trabalho investigativo com rigor científico que se propusesse a analisar, de maneira clara, objetiva e, sobretudo,

¹ ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006; ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-6-2009, Plenário, DJE de 4-6-2012.

pragmática, qual a natureza jurídica do conceito do desenvolvimento sustentável, suas raízes históricas e quais efeitos decorrem de sua aplicação ao ordenamento jurídico ao qual se vincula.

Todo o presente estudo é permeado por este anseio, o de conferir pragmatismo à análise de um conceito cujos contornos ainda não se desenharam de forma objetiva no ordenamento jurídico. Justamente por essa razão, e diante da ciência de que as origens do conceito remontam ao plano internacional, voltou-se o presente trabalho para o campo do direito internacional público, na expectativa de se encontrar definições mais precisas acerca da natureza jurídica do conceito, bem como da definição de seu conteúdo normativo.

Observou-se que, muito embora a doutrina e a jurisprudência internacionais tenham se permitido uma maior reflexão sobre o tema, com a conseqüente proliferação de mais obras acerca do assunto, a dificuldade de conceituação e de definição de seu status jurídico permaneceu um problema sem solução pacífica também nesta órbita.

A evolução do debate no plano internacional é visível e, em larga escala, mais pragmática e objetiva do que a observada no âmbito do direito interno. Todavia, mesmo os seletos estudiosos que se propuseram a enfrentar o tema não chegaram a um consenso acerca de sua definição sequer enquanto norma jurídica, quanto mais no que se refere a seu conteúdo normativo.

Observou-se, em meio aos debates doutrinários sobre a questão, que as discussões mais proíficas acerca da temática se davam quando havia estresse entre questões ambientais relacionadas à economia e à extensão de determinados direitos sociais. O fórum de tais embates centrava-se no Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

A partir dessa constatação, definiu-se o objeto do presente estudo – avaliar a atuação jurídica do (então) conceito de desenvolvimento sustentável no campo do direito do comércio internacional. Graças à intervenção cirúrgica da orientadora, este projeto inexequível não foi levado a cabo, e reduziu-se o espectro do presente estudo para um ponto específico ligado a este ordenamento jurídico, bastante atual e que encontrava, na novel legislação brasileira, grande espaço de aplicação – as barreiras climáticas ao comércio internacional de bens.

Isso porque, no âmbito nacional, estava-se em meio aos debates acerca da aprovação, no seio do Congresso Nacional, da nova lei florestal, a qual, em seu artigo 74, possibilitou à Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, a adoção de medidas de restrição às importações de bens de origem agropecuária ou florestal produzidos em países que não

observem normas e padrões de proteção do meio ambiente compatíveis com aquelas estabelecidas pela lei brasileira.

Este dispositivo, aliado aos ditames da política nacional de mudanças no clima e à política nacional de resíduos sólidos, traz o potencial de gerar, para o Brasil, uma série de demandas junto à Organização Mundial do Comércio, tendo em vista a possibilidade de a imposição de eventuais restrições unilaterais como as previstas nas normas em destaque terem sua compatibilidade com os acordos OMC/GATT questionada no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias.

Revelou-se, assim, um campo de pesquisa extremamente fértil, em duas vertentes. Primeiramente no ponto de vista do direito internacional público, porquanto a compatibilidade de medidas unilaterais destinadas à proteção ambiental com os mecanismos de liberalização do comércio internacional instituídos pelo sistema multilateral OMC/GATT, é um dos temas mais desafiadores e atuais debatidos no seio da organização.

Por outro lado, a pesquisa se mostra extremamente útil ao direito pátrio, haja vista a possibilidade de, a partir de uma perspectiva transconstitucionalista, dar contornos mais significativos ao status e ao conteúdo normativo do princípio do desenvolvimento sustentável dentro da ordem jurídica nacional. Ademais, o estudo como um todo poderá ser utilizado como subsídio para a própria instituição de restrições comerciais unilaterais voltadas à proteção climática por parte do Brasil, de modo que também possui esta utilidade.

Dessa forma, a partir desses anseios, sempre com os olhos postos no pragmatismo, encarou-se o desafio da construção do presente estudo. A bibliografia que serviu de base foi, em larga escala, estrangeira, oriunda dos Estados Unidos, Itália, Inglaterra, África do Sul, França e Noruega, mormente. Muitos artigos foram utilizados, notadamente aqueles disponíveis via internet graças ao acesso a diversos periódicos de renome viabilizado pela Universidade Federal de Santa Catarina e ao indispensável auxílio de alguns amigos que, gentilmente, se dispuseram a ajudar na coleta de material enquanto residentes temporários no exterior.

A tradução dos excertos de textos citados ao longo do presente foi feita pelo próprio autor, de forma livre, em razão do domínio dos idiomas inglês, italiano e espanhol – nos quais os textos foram escritos. A fim de conferir fidedignidade às opiniões dos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, todas as citações foram transcritas também no original, também para que eventuais leitores não se limitem à percepção

daquele que, modestamente, buscou interpretar tais ensinamentos ao redigir essas linhas.

A pesquisa, embora tenha se utilizado exclusivamente da técnica bibliográfica, foi ampla, extensa e estafante. Diversas foram as declarações oficiais, resoluções, tratados e relatórios de organizações e órgãos internacionais pesquisados. Da mesma maneira, no limite da disponibilidade física e financeira, adquiriu-se e consultou-se o maior número possível de livros e artigos que se mostraram essenciais à realização da pesquisa bibliográfica indireta.

Também se buscou ao máximo explorar a doutrina pátria, em que pese a escassez da oferta de livros que tratem da temática nas bibliotecas disponíveis a este pesquisador ou mesmo diante do fato de alguns exemplares já estarem esgotados nas livrarias.

A jurisprudência internacional também teve papel importantíssimo na construção do presente estudo. Não se olvida do entendimento de muitos para quem os julgados dos Painéis e do Órgão de Apelação não podem ser caracterizados como jurisprudência, mas como semi-jurisprudência. Em que pese o respeito dispensado a tal entendimento, no presente estudo adota-se outro, segundo o qual essa fonte do direito pode e deve ser caracterizada como jurisprudência pelo simples fato de produzir precedentes que são respeitados e levados em consideração para julgados posteriores – os quais interferem de forma decisiva na confirmação de um posicionamento já adotado ou conferem as bases para a revisão deste.

Dessa maneira foi organizada a estrutura da pesquisa que viabilizou a conclusão do presente estudo, o qual foi sistematicamente dividido em três capítulos, subdivididos, por sua vez, em tópicos, subtópicos e, ainda, alguns subitens. A disposição dos elementos prezou, também, pela simetria e congruência dos capítulos.

No primeiro deles, objetivou-se analisar qual o status jurídico e o conteúdo normativo do desenvolvimento sustentável no âmbito do direito internacional público. Para tanto, partiu-se das raízes históricas do conceito, o que permitiu identificar sua evolução normativa ao longo do tempo e constatar a ampliação de sua presença nas mais variadas fontes do direito internacional público.

Além disso, foram analisadas de forma detida todas as contendas internacionais que trataram sobre o status e conteúdo jurídico do desenvolvimento sustentável, salientando suas diferenças bem como as evoluções interpretativas conferidas ao conceito pelos mais importantes tribunais internacionais – corte internacional de justiça, tribunal do mar, corte arbitral, entre outros.

Uma vez colhidos tais elementos a partir da pesquisa bibliográfica direta, identificou-se quais os principais elementos do desenvolvimento sustentável que permitem enquadrá-lo enquanto norma jurídica, a fim de investigar em qual das fontes de direito internacional público o conceito poderia ser enquadrado. Para a realização dessa investigação, colheu-se o entendimento dos mais diferentes doutrinadores (internacionalistas e ambientalistas) acerca de quais os critérios que definem uma norma jurídica internacional como tal, cotejou-se estes com os elementos obtidos quando da pesquisa bibliográfica direta e chegou-se à conclusão, com azo na teoria de base utilizada, que o desenvolvimento sustentável é um princípio de direito internacional público que se destina a construir as pontes de ligação e pontos de intersecção entre ordenamentos jurídicos distintos e, a priori, isolados, do ponto de vista internacional (fenômeno da fragmentação), notadamente aqueles ligados ao meio ambiente, economia e direitos sociais.

A análise levou em consideração pontos de vista contrários de renomados autores que viam no desenvolvimento sustentável apenas um objetivo político ou um conceito jurídico vago, sem conteúdo definido. Paulatinamente, contudo, tais opiniões foram refutadas com base nos elementos científicos colhidos ao longo da pesquisa.

Ao passo que no primeiro capítulo houve a explicação do problema a que se propôs o presente estudo, bem como a adoção da teoria de base e sua justificação por meio de elementos da pesquisa bibliográfica direta, o segundo capítulo teve um papel preponderantemente descritivo em seus dois primeiros tópicos, enquanto o terceiro deles se mostrou demasiado complexo tendo em vista a escassez de bibliografia sobre o assunto bem como a dificuldade de clareza daquela existente, o que levou o Autor a um exercício de hermenêutica bastante rigoroso e estafante.

Buscou-se identificar de que modo o princípio internacional do desenvolvimento sustentável se encontra internalizado pelo ordenamento jurídico do comércio internacional (acordos OMC/GATT) e naquele das mudanças climáticas (Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima e Protocolo de Quioto).

Para viabilizar essa análise, partiu-se dos princípios e elementos fundamentais que regem os respectivos ordenamentos jurídicos, para, em um segundo momento, identificar quais as implicações normativas da inserção textual do desenvolvimento sustentável nos aludidos tratados e o comportamento deste enquanto fonte contratual do direito internacional público.

De modo a contribuir para tal análise, notadamente no campo do direito do comércio internacional, utilizou-se em larga escala da jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e do então Mecanismo de Solução de Controvérsias existente no âmbito do GATT, o que se mostrou elemento essencial da pesquisa, destinado a conferir clareza acerca da conceituação e da atuação da norma neste campo do direito. Também se revelou particularmente relevante tal exercício, tendo em vista que foi possível identificar com maior clareza qual a posição de determinados Países sobre a força normativa do desenvolvimento sustentável no plano internacional.

Em um segundo momento, o estudo se debruçou sobre a atuação do princípio no campo do direito internacional das mudanças climáticas. Para tanto, partiu-se do estudo da estrutura institucional que dispõe o aludido sistema jurídico para operar, revelando qual o papel de cada órgão na construção gradativa das normas produzidas no âmbito deste.

Imergiu-se, assim, na investigação acerca de quais são e qual é o conteúdo dos princípios norteadores do direito internacional das mudanças climáticas, bem como sobre o papel que o desenvolvimento sustentável exerce dentro do respectivo sistema jurídico, enquanto norma de direito dos tratados bem como enquanto princípio de direito internacional público. Desde esse momento, revelava-se o caráter endógeno e exógeno do aludido princípio, capaz de atuar de modo ambivalente a depender das condições em que submetido.

Revelou-se, então, que o sistema jurídico das mudanças climáticas possui uma finalidade, que é a redução das emissões de gases do efeito estufa por determinados países (desenvolvidos) em determinado limite de tempo. Trata-se, portanto, de obrigação de resultado, a ser atingida por meio dos fins que os Estados contraentes julgarem mais adequados.

Dentre as ferramentas para o atingimento das finalidades, foi dado destaque aos chamados mecanismos de flexibilidade, os quais são instrumentos destinados a dar vazão ao princípio do desenvolvimento sustentável, consistentes em mecanismos que buscam compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação do meio ambiente.

Finalmente, no terceiro tópico, buscou-se investigar possíveis soluções para os conflitos potencialmente existentes entre a utilização unilateral de medidas para a proteção do sistema climático e as regras do livre acesso a mercados e vedação à discriminação de produtos em razão da origem, do sistema OMC/GATT.

A partir desta análise, pode-se aferir que o regime jurídico das exceções ao comércio internacional de bens é o instituto mais adequado

para a compatibilização dos dois ordenamentos jurídicos, no âmbito do direito internacional público. Seria este, portanto, o ponto de intersecção entre os sistemas, revelado pelo princípio do desenvolvimento sustentável enquanto elemento exógeno aplicável a ambos.

No terceiro e último capítulo, portanto, intentou-se analisar de forma detida de que maneira opera o regime jurídico das exceções ao comércio internacional de bens, mais especificamente aquelas destinadas para finalidades ambientais, contidas nos incisos “b” e “g” do artigo XX do GATT.

Iniciou-se, como não poderia deixar de ser, a partir do histórico do instituto, o que viabilizou uma compreensão sistêmica de sua funcionalidade, fator fundamental no decorrer das demais análises. Na sequência, trabalhou-se o modo de funcionamento do artigo XX do GATT, a fim de revelar como deve ser feita a leitura e operação do dispositivo.

Sempre a partir do olhar da jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias, com vistas a conferir praticidade aos conceitos, foram analisados pormenorizadamente os critérios que regem a aplicação dos artigos XX(b) e XX(g) do GATT, revelando quais elementos devem ser demonstrados para que haja o enquadramento de uma medida em um ou outro dispositivo.

Posteriormente, o *caput* do artigo XX foi dissecado, de modo a permitir a investigação ampla sobre quais os testes pelos quais uma medida unilateral deve passar a fim de que ultrapasse os filtros normativos do dispositivo e possa ser considerada compatível com o sistema do comércio internacional de bens. Nessa análise, foram superadas as dificuldades acerca da indeterminação dos critérios e da jurisprudência defensiva que é praticada de forma constante pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, no sentido de furtrar-se a definir de forma clara e objetiva quais os elementos devem ser verificados para que se considerem satisfeitos os requisitos de compatibilidade.

Como um mosaico, o Autor buscou equalizar os indicativos trazidos e, com o auxílio dos poucos doutrinadores que se debruçaram de forma específica sobre o tema, foi exitoso ao encontrar uma definição objetiva sobre o que é uma discriminação arbitrária e o que pode ser considerada uma discriminação injustificada ao comércio internacional de bens, nos termos da norma em apreço.

O último ponto do presente estudo, assim, destinou-se a investigar de que maneira o princípio internacional do desenvolvimento sustentável atua enquanto elemento justificador de uma barreira

climática unilateral ao comércio internacional de bens que, a priori, não ultrapassaria os filtros do *caput* do artigo XX do GATT.

Neste ponto, foi possível identificar a comprovação da hipótese adotada como ponto de partida para o presente estudo, no sentido de que o desenvolvimento sustentável é, sim, norma jurídica capaz de justificar a imposição de uma medida climática unilateral ao comércio internacional de bens, nos moldes das exceções do artigo XX(b) e (g) do GATT.

O que se mostrou mais proveitoso, todavia, não foi a conclusão a que chegou a pesquisa, mas sim os resultados obtidos ao longo do percurso, notadamente a possibilidade de se conferir definições práticas a conceitos bastante nebulosos no campo do direito internacional público e do comércio internacional, as quais poderão – e espera-se que assim o seja – se constituir no alicerce de pesquisas vindouras.

2 CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO E CONTEÚDO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

2.1.1 As raízes do termo desenvolvimento sustentável

Segundo Christina Voigt (2009, p. 11, tradução nossa), “a origem do conceito de desenvolvimento sustentável não pode ser exatamente datada”². Todavia, para fins didáticos, e adotando um critério eminentemente temporal, inicia-se este estudo a partir do entendimento daquele que viu as origens do desenvolvimento sustentável já na antiguidade, a partir da prática de povos que, à época, habitavam os diversos continentes.

Trata-se de Christopher Weeramantry, então vice-presidente da Corte Internacional de Justiça que, em opinião separada exarada no acórdão que julgou o caso conhecido como Projeto Gabčíkovo-Nagymaros³, depois de descrever a prática de civilizações antigas até as modernas, declarou o seguinte, acerca do desenvolvimento sustentável:

² “The origin of sustainable development cannot be exactly dated”. (VOIGT, 2009, p. 11)

³ Gabčíkovo-Nagymaros foi um projeto para a construção de uma barragem no rio Danúbio. Foi iniciada pelo Tratado de Budapeste, de 16 de Setembro de 1977, celebrado entre a República Socialista da Checoslováquia e a República Popular da Hungria. O projeto visava prevenir inundações catastróficas, melhorando a navegabilidade do rio e produzir eletricidade limpa. Apenas uma parte do projeto foi concluída, na Eslováquia, sob o nome barragem Gabčíkovo, porque a Hungria abandonou unilateralmente a construção devido a preocupações ambientais. Isso causou uma disputa ainda não resolvida de maneira definitiva entre a Eslováquia e a Hungria. As partes submeteram a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, a qual, por meio de acórdão adotado por maioria, decidiu que as preocupações ambientais não eram suficientes para que uma das partes abandonasse o projeto, desrespeitando o tratado. O caso ficou conhecido e eis que foi a primeira oportunidade que a Corte se deparou com as alegações de que o desenvolvimento sustentável possuía força normativa no seio do direito internacional – mesmo repelindo o argumento.

Desenvolvimento sustentável não é meramente um princípio de direito internacional moderno. É uma das mais antigas ideias do patrimônio humano. Fortalecida pelas informações valiosas que foram obtidas ao longo de milênios da experiência humana, tem uma importante contribuição a dar a serviço do direito internacional⁴. (GABČÍKOVO..., 1997, p. 88, tradução nossa).

O togado que, em razão desse julgado, tornou-se célebre na jurisprudência ambiental internacional por ter enfrentado a questão de maneira até então jamais vista, afirmou categoricamente que a prática das civilizações antigas, ao mesmo tempo em que visava ao crescimento da economia e à expansão de seus impérios, preocupava-se significativamente com a manutenção das bases naturais que eram o sustentáculo do modelo produtivo e da expansão pretendida, via de consequência.

Essa prática, segundo o então magistrado, era observada ao longo de todos os continentes do globo e pelas mais diferentes culturas – citando, inclusive, exemplos islâmicos – e, ainda assim, foi transmitida às novas gerações ao longo dos tempos. Com base nesses argumentos históricos, todos calcados na prática reiterada dos mais diversos povos, ao longo de distintas épocas, conclui – no que interessa para este tópico – que o “desenvolvimento somente pode ser atingido em harmonia com as demandas razoáveis de proteção ambiental”⁵. (GABČÍKOVO..., 1997, p. 92, tradução nossa).

Muito embora, inclusive, faça referência e manifeste concordância com a posição do juiz do Sri Lanka de que esta prática é, em muito, anterior a qualquer tratado internacional, Marie-Claire Cordonier Segger, para perquirir sobre as origens do conceito, adota um marco mais positivista e menos histórico, salientando que “o termo desenvolvimento sustentável foi documentado pela primeira vez nas legislações que tratavam sobre as práticas industriais de manejo florestal

⁴ “Sustainable development is thus not merely a principle of modern international law. It is one of the most ancient of ideas in the human heritage. Fortified by the rich insights that can be gained from millennia of human experience, it has an important part to play in the service of international law.” (GABČÍKOVO..., 1997, p. 88).

⁵ “development can only be prosecuted in harmony with the reasonable demands of environmental protection”. (Ibid., p. 92).

(*Fortordnungen*) na Europa por volta do fim do século 18”⁶. (SEGGER, 2008, tradução nossa).

Para a renomada professora canadense, o conceito de desenvolvimento sustentável, quando de sua inserção no campo dos tratados internacionais, não representava a exigência de um influxo da atividade econômica, mas sim um redirecionamento desta para assegurar o potencial de exploração dos recursos naturais a longo-prazo.

Ou seja, para a autora, assim como para Weeramantry, a preocupação com a proteção do meio ambiente sempre esteve ligada ao aspecto econômico, representado pela manutenção das bases sobre as quais se sustentava o sistema produtivo então vigente⁷. (SEGGER, 2008, p. 92, tradução nossa).

Em definitiva, a preservação dos recursos naturais necessários à manutenção da vida humana e do sistema econômico sobre o qual as sociedades se edificavam era imprescindível para a perpetuidade daquela e deste, não como um fim em si mesmo, mas como um meio.

O professor Nico Schrijver, ao discorrer sobre as origens do desenvolvimento sustentável, também fazendo menção à posição de Weeramantry, salienta que importante marco jurídico a ser considerado no que toca à relação entre meio ambiente e economia é a controvérsia havida entre Grã-Bretanha e Estados Unidos em 1880 acerca da pesca de focas no mar de Béring, a qual terminou por meio da arbitragem ocorrida em 1893. Conforme salienta o autor:

O termo de desenvolvimento sustentável foi introduzido na agenda internacional pela Comissão Brundtland, em 1987. A relação entre o meio ambiente e o desenvolvimento foram, todavia, reconhecidas muito antes disso. As primeiras preocupações podem ser encontradas na significativa disputa sobre a pesca de focas no mar de Béring, havida no fim do século dezanove, na

⁶ “[t]he term ‘sustainable development’ is first documented in laws governing forest industry management practices (*Fortordnungen*) in Europe toward the end of the 18th century”. (SEGGER, 2008).

⁷ “[I]t is important to note that the concept of sustainable development, from inception, did not involve stopping economic activity but rather a *re-direction* of such activity, in order to ensure the potential for long-term, *sustained* yields. The need for societies to develop while living within certain environmental limits has been recognized since ancient times, across diverse civilizations”. (Ibid., p. 92)

qual os Estados Unidos procuraram impor, unilateralmente, medidas de conservação relacionadas à pesca em alto mar para prevenir a alegada exploração desmedida pela Grã-Bretanha. Muito embora o motivo por trás das medidas adotadas fosse para proteger as focas enquanto um ativo econômico, é interessante observar alguns dos argumentos lançados pelos Estados Unidos, os quais sustentaram *inter alia* que “destruir as fontes sobre as quais a abençoada vida humana flui é um crime... Tendo sido a Terra desenhada para ser a morada permanente do homem, cada geração apenas pode utilizá-la e a lei da natureza proíbe que qualquer desperdício que deixe os próximos ocupantes em desvantagem possa ser cometido”⁸. (SCHRIJVER, 2008a, p. 33, tradução nossa).

O Tribunal Arbitral que julgou o caso rejeitou o argumento de que um Estado poderia ter jurisdição sobre recursos naturais que estivessem fora de sua jurisdição e reclamou a adoção de um marco regulatório para a questão, o que resultou em um tratado denominado “Acordo entre o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo de Sua Majestade, Rainha da Grã-Bretanha, acerca de um *Modus Vivendi* relacionado às Focas do Mar de Béring”, firmado em 1891 e transformado em convenção internacional no ano subsequente. Este

⁸ “The concept of sustainable development was placed high in the international agenda by the Brundtland Commission in 1987. The relationship between the environment and development had, however, already been recognized much earlier. The earliest concerns can be traced back as far as the seminal Bering Fur Seal dispute that arose at the end of the nineteenth century, when the United States sought unilaterally to impose conservation measures on sealing on the high seas to prevent fur seals’ alleged over-exploitation by great Britain. Although the motive behind the conservation at that time was merely to protect fur seals as an economic asset, it is interesting to observe some of the arguments advanced by United States, which maintained *inter alia* that: ‘to destroy the sources from which any human blessing flows is a crime... The earth being designed for the permanent abode of man, each generation is entitled only to its use and the law of nature forbids that any waste should be committed to the disadvantage of the succeeding tenants’”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 33).

acordo, segundo registra Sands (2003), ainda proibiu a importação de peles de foca por ambos os países⁹.

A controvérsia e o acordo em comento são bastante elucidativos e refletem sobremaneira dois pontos-chave para a compreensão do nascimento e evolução do conceito de desenvolvimento sustentável.

Primeiro, que os argumentos utilizados para frear a desmedida exploração de um recurso natural decorriam da existência de uma suposta obrigação jurídica de manutenção das condições de vida no planeta. E, em segundo lugar, que a real intenção por detrás dos hábeis artifícios jurídicos manejados era a manutenção das bases em que o sistema econômico vigente se constituía.

Verifica-se, do exposto, tanto na perspectiva do holandês Schrijver quanto na do britânico Sands, que a preocupação com a proteção do meio ambiente nasce a partir da percepção de que este é um ativo econômico necessário à manutenção do sistema produtivo vigente, e, para preservar este, faz-se necessário conservar aquele.

Ainda, percebe-se com clareza que, para os juristas citados, integrantes da mais abalizada doutrina sobre a matéria, é no movimento advindo dessa interação entre economia e meio ambiente que se encontram os fundamentos do conceito de desenvolvimento sustentável.

Do exposto, pode-se afirmar, independentemente do marco temporal que se utilize para delimitar as raízes do desenvolvimento sustentável – se das civilizações antigas, dos séculos XVIII ou XIX – que o marco semântico a ser adotado é a relação visceral e interativa entre preservação do meio ambiente e crescimento da economia, sendo elementos mutuamente dependentes¹⁰.

A partir dessa premissa, pode-se analisar de que maneira ambos os elementos foram interagindo no campo do direito internacional, até

⁹ “The award rejected the argument that states had the right to assert jurisdiction over natural resources outside their jurisdiction to ensure their conservation, and set forth regulations for the ‘proper protection and reservation’ of fur seals outside jurisdictional limits. The regulations reflected earlier treaty provisions, and provided a basis for a convention prohibiting pelagic sealing in the North Pacific Ocean and the importation of sealskins”. (SANDS, 2003).

¹⁰ Dentre a doutrina brasileira sobre o tema, destaca-se a obra de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, para quem “[v]ários tratados sobre a proteção de determinadas espécies – acordos de pesca, sobre focas e baleias – foram assinados no início do século, mas neles o objetivo das partes não era a proteção das espécies, mas, sim, a proteção dos interesses econômicos e comerciais. Em outras palavras, o objetivo era evitar a extinção de importante fonte de renda.” (SILVA, 1995, p. 25).

cunhar o conceito que, anos mais tarde, foi adotado pelo Relatório Brundtland e segue sendo desenvolvido, em constante mutação, pelo direito internacional contemporâneo.

2.1.2 A cristalização da concepção de meio ambiente enquanto ativo econômico no campo do direito internacional

Como anota Nico Schrijver (2008a), a preocupação com o modo pelo qual a exploração dos recursos naturais existentes deveria ocorrer fica mais palpável logo após o término da Segunda Guerra Mundial, visto que havia escassez de recursos disponíveis, notadamente aos povos que habitavam as localidades onde o conflito se desenvolveu¹¹.

Philippe Sands acrescenta que esse fenômeno se deve também, e em grande parte, à criação das Nações Unidas e suas agências especializadas, em 1945. Registra o autor, em seu percuciente estudo sobre os princípios de direito ambiental internacional, como importantes acontecimentos do período pós-guerra, a criação, no seio da UNESCO, da União Internacional para a Proteção da Natureza, em 1948, bem como a Conferência das Nações Unidas sobre a Conservação dos Recursos, de 1949¹².

¹¹ O autor faz menção à incorporação desta preocupação, durante este período, em dois instrumentos internacionais: a Carta do Atlântico, de 1941, e a Declaração de Santiago, de 1952. Na primeira, os Aliados concordaram que, findo o conflito, “todos os Estados, grandes ou pequenos, vencedores ou vencidos, deveriam ter acesso, em idênticas condições, ao comércio e às matérias primas do mundo que sejam necessárias a sua prosperidade”. O segundo instrumento tratou-se de acordo firmado entre Chile, Equador e Peru, por meio do qual se manifestou o propósito de conservar e salvaguardar os recursos marítimos de suas zonas costeiras, afirmando que os signatários “são responsáveis pela conservação e proteção de seus recursos naturais e pela regulação do desenvolvimento desses recursos com o objetivo de assegurar as melhores vantagens para seus respectivos países”. (SCHRIJVER, 2008a).

¹² “The second phase in the development of international environmental law began with the creation of the UN and its specialized agencies in 1945. [...] In October 1948, governments and non-governmental actors established the first major international organization to address environmental issues. A conference convened with the assistance of UNESCO, which was attended by representatives of eighteen governments, seven international organizations and 107 national organizations, established the International Union for the Protection of Nature (IUPN), to promote the preservation of wildlife and the natural environment, public knowledge, education, scientific research and legislation. The IUCN is a unique organization whose members are

Importante salientar, todavia, que o objeto do presente estudo é mais restrito, voltado não às origens do direito ambiental internacional, mas às do desenvolvimento sustentável. Desta sorte, a limitação do objeto impõe, também, uma abordagem mais focada nas fontes de direito internacional que buscam regular a interação entre meio ambiente e economia, delineada como a origem do conceito.

E, nesse sentido, é na seara da pesca, todavia, que a ideia da produção racional ganha um destaque mais precoce. Já em 1955, a conferência da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) destacou que “o principal objetivo da conservação dos recursos marinhos vivos é obter o melhor rendimento sustentável, a fim de assegurar o máximo suprimento de alimentos e outros produtos marinhos” (UNITED NATIONS, 1954).

Depois, em 1956, a Conferência Interamericana Especializada para a Conservação dos Recursos Naturais repetiu o exposto, destacando que “[a] cooperação entre os Estados é o mais elevado meio para atingir o melhor rendimento sustentável dos recursos vivos do alto mar, tendo em conta a continuidade da reprodução de todas as espécies” (apud SCHRIJVER, 2008a, p. 39).

Nesse momento histórico, a preocupação, como se percebe, é com a conservação dos estoques marinhos no sentido eminentemente econômico do termo, como um ativo, e não como um bem *per se*. Mantém-se a prática, por assim dizer, adotada até então.

Essa ideia, representada pela adoção dos dois textos citados, permaneceu na mente do legislador internacional e foi levada para a Primeira Conferência das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar (I CNUDM) de Genebra, de 1958.

Nesta, sem qualquer surpresa, a fórmula foi mantida, de modo que restou consignada a necessidade de adotar medidas de conservação capazes de, em seu conjunto, viabilizar o melhor rendimento sustentável de alimentos e outros produtos marinhos¹³.

governments and nongovernmental actors, and which has played an important role in developing treaties to protect wildlife and conserve natural resources. The seeds of intergovernmental environmental action were sown in 1947 by the UN, with the Economic and Social Council (ECOSOC) resolution convening the 1949 United Nations Conference on the Conservation and Utilization of Resources (UNCCUR).” (SANDS, 2003, p. 31).

¹³ Article 2° As employed in this Convention, the expression “conservation of the living resources of the high seas” means the aggregate of the measures rendering possible the optimum sustainable yield from those resources so as to secure a maximum supply of food and other marine products. Conservation

Na mesma toada, no ano de 1962, é adotada pela Assembleia Geral da ONU a Declaração sobre a Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, a qual, segundo Schrijver (2008a, p. 41, tradução nossa) “foi planejada principalmente para ressaltar o direito dos povos colonizados e dos novos Estados independentes à soberania completa sobre os recursos naturais”¹⁴.

Tratou-se da cristalização da mentalidade que vinha dominando o direito internacional até então, de que os Estados eram livres para dispor de seus recursos naturais da maneira como melhor lhes conviesse, desde que respeitadas alguns critérios mínimos, estabelecidos pela comunidade internacional, e que se destinavam a manter a existência dos próprios recursos, para que pudessem continuar a ser explorados economicamente.

2.1.3 A inserção da preocupação com a conservação da natureza como sustentáculo para o desenvolvimento econômico

A ONU, não perdendo de vista o foco que já vinha sendo dado à relação intrínseca entre aumento da produtividade e proteção do meio ambiente, adotou, por meio da Assembleia Geral, em 18 de dezembro de 1962, a Resolução 1831, denominada “Desenvolvimento Econômico e Conservação da Natureza” (UNITED NATIONS, 1962).

programmes should be formulated with a view to securing in the first place a supply of food for human consumption. (UNITED NATIONS, 1958).

¹⁴ “In 1962, the United Nations General Assembly adopted the landmark Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources which was principally intended to underscore the right of colonial peoples and newly independent States to full sovereignty over their natural resources”. O mesmo autor desenvolveu percuciente estudo acerca dos direitos e obrigações dos Estados no que tange à exploração dos seus próprios recursos naturais, chegando à conclusão que com o passar do tempo e, sobretudo, diante da evolução da preocupação com o meio ambiente na esfera internacional, refletida na adoção de complexo e variado sistema normativo, há o crescente nascimento de deveres correlatos ao direito de explorar os recursos que um Estado possui, visando à preservação do meio ambiente global. “Although in earlier times States assumed ‘full’ and ‘absolute’ sovereignty to mean that they could freely use resources within their territories regardless of the impact this might have on neighboring States (the so called ‘Harmon doctrine’), few would argue today that territorial sovereignty is an unlimited concept enabling a State to do whatever it likes”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 232).

Essa resolução foi o primeiro documento em que a proteção ambiental foi colocada no campo do direito internacional de uma maneira um pouco distinta, em dois aspectos. Primeiro, pois foi um alerta para o fator tempo, no sentido de que medidas de conservação deveriam ser adotadas concomitantemente àquelas destinadas ao desenvolvimento econômico, para não colocar em risco a existência dos próprios recursos naturais.

Segundo, pois, pela primeira ocasião, foi citada a necessidade de os Estados cooperarem mutuamente para garantir a existência e manutenção desses recursos. Nesse sentido, interessantes as considerações de Marie-Claire Cordonier Segger (2008, tradução nossa):

[c]hamou a atenção para que fossem tomadas medidas de proteção dos recursos naturais da flora e da fauna o mais rápido possível, simultaneamente com o desenvolvimento econômico, destacando que este desenvolvimento poderia colocar em risco recursos naturais não renováveis, além de ressaltar a importância do desenvolvimento econômico e a necessidade de um ‘uso racional’ dos recursos naturais, chamando a atenção para a assistência integral e cooperação a serem destinadas aos países em desenvolvimento nesse tocante¹⁵.

Essa mentalidade, de preocupar-se com a proteção e conservação do meio ambiente ao mesmo tempo em que com o caminhar do desenvolvimento econômico, foi adotada também pela Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, de 1968, no campo do direito internacional dos tratados.

Esta, além de referendar o casamento entre meio ambiente e economia, introduziu mais um aspecto inovador para o conceito de desenvolvimento da época: a necessidade de orientação científica e a preocupação com os interesses do povo para a definição da destinação a

¹⁵ “In 1962, the UM General Assembly, building upon an earlier 1961 UNESCO statement, passed a Resolution that called for natural resource, flora and fauna protection measures to be taken at the earliest possible moment simultaneously with economic development and the need for ‘rational use’ of natural resources, and called for fullest technical assistance and cooperation to be provided to developing countries in this respect”. (SEGGER, 2008).

ser dada aos recursos naturais de seus próprios territórios¹⁶. Tratou-se de mais uma ampliação do conceito de desenvolvimento, retirando seu caráter puramente econômico e ampliando-o para abranger questões sociais.

Ainda, porque contemporânea, faz-se necessária a menção à Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional especialmente como Habitat de Aves Aquáticas, conhecida como Convenção de Ramsar, de 1971. (UNESCO, 1971)¹⁷.

Este tratado internacional, na mesma linha daqueles sobre pesca, versava, no início do item 6 de seu artigo 2º, que “[a]s partes contratantes deverão considerar suas responsabilidades internacionais para a conservação e uso racional dos estoques de aves aquáticas migratórias”. Além disso, previu, no item 2 do artigo 6º, a possibilidade de a Conferência das Partes Contratantes realizar aos Estados-Membros recomendações destinadas a promover o uso racional das zonas úmidas, flora e fauna, dentro do território destes.

Os três instrumentos normativos em comento foram, como anota Schrijver, iniciativas jurídicas de regulamentação que coincidiram com as constantes preocupações com a poluição e a degradação ambiental que começaram a surgir no campo político a partir da década de 60¹⁸.

¹⁶ O princípio fundamental da convenção obriga aos contraentes a “adotar as medidas necessárias para assegurar a conservação, utilização e desenvolvimento dos recursos do solo, água, flora e fauna de acordo com orientações científicas e levando em consideração os interesses do povo”. (ORGANIZATION..., 1968)

¹⁷ Embora promovida por intermédio da UNESCO, a Convenção de Ramsar não integra o sistema ONU de Tratados Ambientais Multilaterais, mas funciona de maneira autônoma, com o objetivo de fazer com que os Estados mantenham as características naturais de suas Zonas Úmidas e planejem o uso racional, ou sustentável, das regiões com essas características que se encontram em seus territórios. Atualmente, conta com 160 Estados-Membros.

¹⁸ “All these initiatives coincide with the growing concerns about pollution and environmental degradation which began to emerge in the politics of the 1960’s”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 41). Dos livros que influenciaram os movimentos ambientais da época acerca das alterações no meio ambiente, destaca-se *Silent Spring*, de Rachel Carson (2010), o qual, denunciando as mazelas com o meio ambiente, notadamente o uso indiscriminado de pesticidas e as doenças que o homem acaba adquirindo pelo uso indiscriminado de produtos químicos, reclama por uma reforma urgente da legislação para assegurar a proteção do ar, da água e da terra, e *Population Bomb*, de Paul Ehrlich, que traça uma perspectiva, malthusiana, do inevitável quadro de fome que atingirá a humanidade, uma vez que os recursos naturais são limitados e o homem permanece barateando os custos de sua exploração.

Philippe Sands (2003, p. 34-35) registra, ainda, importante fato. Muito embora houvesse um incremento da adoção de normas internacionais destinadas a assegurar o uso racional dos recursos por parte dos Estados, essas normas emergiram de maneira esparsa sem que houvesse a adoção de princípios de aplicação geral para dar-lhes uma conotação sistêmica. Faltava, assim, coordenação para a aplicação dessas normas, bem como o estabelecimento de procedimentos que assegurassem a implementação dos compromissos assumidos¹⁹.

Estas necessidades, aliadas à crescente preocupação com a proteção ambiental para a manutenção do padrão econômico vigente e para a qualidade de vida humana, que se manifestava tanto no campo político como no âmbito da ONU e, ainda, em convenções internacionais relativas a matérias específicas, levou a Organização das Nações Unidas a convocar, em 1972, aquela que ficou conhecida como a Conferência de Estocolmo: Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano²⁰.

¹⁹ “[t]he substantive commitments adopted in these treaties were not accompanied by the adoption of guiding principles of general application [...] These treaty and institutional developments were developing in a piecemeal fashion, and the lack of co-ordination hampered efforts to develop a coherent international environmental strategy. Moreover, no international organization had overall responsibility for coordinating international environmental policy and law, and few had a specific environmental mandate. International procedures for ensuring the implementation of, and compliance with, international environmental standards were virtually non-existent. The regulatory techniques available for addressing a growing range of issues were limited, and no rules had yet been developed on procedural obligations, such as environmental impact assessment or the dissemination of and access to environmental information. The 1972 Stockholm Conference must be seen in this context.” (SANDS, 2003, p. 34-35).

²⁰ Acerca dos trabalhos preparatórios da convenção, os motivos que levaram à sua convocação e, ainda, sobre a participação específica do Brasil, destaque para a obra de André Lago (2007). Ainda, no mesmo sentido, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva (1995).

2.1.4 A Conferência de Estocolmo e a consolidação de um novo paradigma

A Conferência de Estocolmo foi marcada por uma grande divergência entre países desenvolvidos e em desenvolvimento acerca das causas da degradação ambiental. Como registra Solange Teles da Silva (2009, p. 29),

Os primeiros consideravam que o desenvolvimento era a causa dos problemas ambientais e eles enfatizavam que os problemas da poluição eram ocasionados pela industrialização. Já os segundos, os países, em desenvolvimento, afirmavam que o desenvolvimento era justamente a solução para a correção dos desequilíbrios ambientais e sociais e apontavam para a necessidade de considerar os custos de medidas ambientais para os países em desenvolvimento.

Não obstante os embates, a aludida conferência, que contou com a participação de 113 Estados resultou na adoção de um documento conhecido como a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, composta de 26 princípios, além de 109 recomendações e um plano de ação, destinado à criação de mecanismos de coordenação entre as instituições existentes.

A primeira, que interessa em maior monta para o presente estudo, trata-se de uma declaração sem força vinculante, *soft law*²¹, mas, como salienta Schrijver, que contém o mérito de introduzir, no campo do direito internacional positivo, alguns conceitos-chave que servirão para

²¹ Segundo Andrea Gioia (2006, p. 28-29), “È oggi molto in voga distinguere tra le vere e proprie fonti di diritto, che creano norme internazionali giuridicamente vincolanti (c.d. hard law) e un’insieme fatti o procedimenti che creano regole non giuridicamente vincolanti (c.d. soft law) ma che possono, ciò non ostante, contribuire in vario modo allo sviluppo del diritto. [...] Qui basta sottolineare che i fattori che sono alla base della produzione del c.d. soft law sono assimilabili, per usare la terminologia della dottrina tradizionale, a **fonti in senso materiale**: si tratta, cioè, di fattori di per sé inidonei a creare vere e proprie norme giuridiche, ma che possono fornire l’impulso per la successiva creazione di tali norme”. A definição de Birnie, Boyle e Redgewell (2009, p. 112) sobre o valor normativo da *soft law* é bastante oportuna: “it tell us what states believe the law to be in certain cases, or in others what they would like it to become or how they want it to develop”.

alavancar a construção dos princípios sobre os quais se edificará o direito ambiental internacional e, mais especificamente, o conceito de desenvolvimento sustentável²².

Nesse particular, importante destacar o que dispõe a parte final da proclamação 6 da declaração de Estocolmo:

6. (...) A defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade, que se deve perseguir, ao mesmo tempo em que se mantêm as metas fundamentais já estabelecidas, da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo, e em conformidade com elas.

Além deste elemento que, seguramente, influenciou a fórmula criada pela Comissão Brundtland, dentre os princípios de Estocolmo que são mais relevantes para o presente estudo destaca-se o 14²³, o 2²⁴ e o 23²⁵, uma vez que instauram algumas bases materiais para a ampliação do conceito de desenvolvimento sustentável que será levada a cabo pela Declaração do Rio, de 1992²⁶.

A preocupação, antes adstrita exclusivamente ao uso dos recursos naturais, passa a considerar a existência de diferentes realidades na

²² “It is interesting to see how these early texts already formulated the core ingredients of the concept of sustainable development”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 45).

²³ Princípio 14. O planejamento racional constitui um instrumento indispensável para conciliar às diferenças que possam surgir entre as exigências do desenvolvimento e a necessidade de proteger y melhorar o meio ambiente.

²⁴ Princípio 2. Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.

²⁵ Princípio 23. Sem prejuízo dos critérios de consenso da comunidade internacional e das normas que deverão ser definidas a nível nacional, em todos os casos será indispensável considerar os sistemas de valores prevaletentes em cada país, e, a aplicabilidade de normas que, embora válidas para os países mais avançados, possam ser inadequadas e de alto custo social para países em desenvolvimento.

²⁶ “Many of the points bear a close resemblance to texts on sustainable development that would be adopted 30 years later in Rio de Janeiro and 30 years later in Johannesburg”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 45).

comunidade internacional, de modo que deve haver uma diferenciação das responsabilidades relativas à proteção ambiental entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Nesse sentido registra, com propriedade, Marie-Claire Cordonier Segger (2008, p. 94, tradução nossa):

A Declaração de Estocolmo reconhece, no Princípio 14, a necessidade de reconciliar os conflitos “entre as necessidades de desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar a qualidade do meio ambiente. Diversos elementos da Declaração ressaltam as discrepâncias existentes entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento em uma agenda global voltada à proteção ambiental. Por exemplo, os Estados concordaram, no Princípio 2, que “as políticas ambientais de todos os Estados devem engrandecer e não afetar adversamente o presente ou o futuro potencial de desenvolvimento dos países em desenvolvimento [...]” e no Princípio 23 afirmaram que “[...] será essencial, em todos os casos, considerar as diferenças entre os sistemas de valores que vigoram em cada país, e que a extensão da aplicabilidade dos padrões de validade nos países mais avançados pode ter um custo social injusto para os países em desenvolvimento²⁷.”

Christina Voigt (2009) ressalta outro princípio-chave para compreender a representatividade da declaração: o de número 8. Segundo a autora, este teve o mérito de alterar um ponto central, marcando o início de um novo conceito de desenvolvimento, de modo

²⁷ “The Stockholm Declaration recognizes, in Principle 14, the need to reconcile conflicts ‘between the needs of development and the need to protect and improve environment’. Several elements of the Declaration underline the deep divides between developed and developing countries on a global environmental protection agenda. For instance, States agreed in Principle II that ‘environmental policies of all States should enhance and not adversely affect the present or future development potential of developing countries...’ and in Principle 23 demand that ‘...it will be essential in all cases to consider the systems of values prevailing in each country, and the extent of the applicability of standards which are valid for the most advanced countries but which may be inappropriate and of unwarranted social cost for the developing countries.’” (SEGGGER, 2008, p. 94).

que este não era mais considerado exclusivamente enquanto a quantidade de produto interno bruto de um determinado país, mas medido de acordo com a adoção de políticas públicas destinada à melhoria da qualidade de vida da humanidade²⁸.

Vale salientar que se tratou do início de uma mudança de paradigma, haja vista que até o momento a expressão ‘desenvolvimento’ era compreendida tão somente em seu sentido de crescimento econômico e, mais uma vez no campo do direito internacional, este conceito é ampliado, abrangendo aspectos sociais.

Outro avanço obtido com a Conferência de Estocolmo, e que merece destaque, tal qual salienta com empolgação o professor Guido Fernando Silva Soares²⁹, é a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), órgão permanente da ONU, sediado em Nairóbi, Quênia, e que objetiva negociar acordos multilaterais para a proteção ambiental, centralizando, portanto, as ações da organização neste campo, a fim de resolver o problema de falta de coordenação até então existente.

Faça-se a ressalva, contudo, que não obstante a declaração tenha tido méritos no que toca a ampliar o conceito de desenvolvimento, englobando, para além do aspecto econômico, o social, além de instituir um órgão permanente com vocação para buscar a proteção do meio

²⁸ “The 1972 Stockholm Declaration marked the beginning of a new conception of development: not in an environmental context, but with regard to its socio-political implications. The necessity of development was expressed in Article 8 of the Stockholm declaration as follows: [e]conomic and social development is essential for ensuring a favorable living and working environment for man and for creating conditions on earth that is necessary for the improvement of the quality of life. Development was no longer regarded in terms of gross national product but as a policy aimed at ‘better living conditions for all’. However, the ideal of unlimited development remained, with Article 11 of the Declaration calling the States not to take any steps to promote environmental protection without duly taking into account the effects on development policy”. (VOIGT, 2009, p. 13).

²⁹ “As consequências diretas e os frutos da realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, foram incalculáveis, tanto do ponto de vista das relações internacionais, quanto de seu reflexo direto nos ordenamentos internos dos Estados. Cresceu o número de tratados e convenções multilaterais adotados a partir de 1972, numa velocidade até então inexistente na história da humanidade, sendo que os mesmos passaram a versar sobre temas cada vez mais técnicos, e agora negociados sob a égide de um órgão altamente especializado da ONU, o PNUMA.” (SOARES, 2003, p. 46).

ambiente pela via da articulação institucional, manteve-se a ótica de pregar o uso global dos recursos naturais, remetendo a ideia da possibilidade de existência de um ilusório desenvolvimento ilimitado.

Em que pese a crítica, pode-se afirmar a efetiva ocorrência de uma evolução entre os considerados antecedentes do desenvolvimento sustentável desde os primeiros marcos positivos até a Declaração de Estocolmo, de 1972.

2.1.5 A caminhada de Estocolmo até o Relatório Brundtland – o surgimento do conceito de desenvolvimento sustentável

Como exposto, até então o termo ‘desenvolvimento’ e a expressão ‘uso racional’, de uma maneira geral, estavam relacionados exclusivamente com o aspecto econômico, vale dizer, entendidos como sinônimo de crescimento, e o meio ambiente visto somente enquanto uma fonte de renda, algo a ser explorado para o fomento da matriz econômica.

A partir da Resolução 1831 da Assembleia Geral da ONU, de 1962; da Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, de 1968; e, ainda, da Convenção de Ramsar, de 1971, verifica-se um indício da mudança de paradigma, para começar a vincular elementos sociais ao conceito normativo de desenvolvimento (o bem estar da população, como salientado oportunamente).

Em Estocolmo, o indício assume formas mais concretas e implica na primeira guinada no sentido de uma nova postura, de modo que, a partir da Declaração de 1972, a exploração racional dos bens ambientais somente passa a ser considerada como tal quando englobados outros dois elementos: o econômico e o social³⁰.

De qualquer forma, ao menos até essa etapa, não se vislumbra uma preocupação autônoma com a proteção ambiental. Esta é vista como necessária à manutenção do padrão e do crescimento econômico, o qual passa a considerar, para que seja sinônimo de desenvolvimento, a destinação dada aos recursos oriundos da exploração desmedida da

³⁰ “The Stockholm conference also struck a compromise: environmental protection and economic development must go hand in hand regardless of the different environmental problems of developing and industrialized countries. Since then, it has become generally recognized that economic growth is indispensable and is an important engine of sustainable development, but only after taking into consideration environmental demands and the sustainable use of natural resources” (SCHRIJVER, 2010, p. 10).

natureza, qual seja, o bem estar da humanidade. Este o mérito de Estocolmo.

E é seguindo nesta gradual evolução que o termo desenvolvimento sustentável aparece pela primeira vez no cenário internacional, o que ocorre, como salientam Marie-Claire Cordonier Segger e Philippe Sands, por meio da publicação, em 1980, da Estratégia Mundial para a Conservação da Natureza, construída pela União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) em parceria com o Fundo Mundial para a Vida Selvagem (WWF), FAO, UNESCO e o ainda jovem PNUMA.

Segundo este documento, o desenvolvimento sustentável é aquele que nasce quando “a modificação da biosfera e a aplicação dos recursos humanos, financeiros, naturais, vivos ou não vivos, destina-se a satisfazer as necessidades da humanidade e a melhorar a qualidade de vida do homem” (SEGGER, 2008, p. 96, tradução nossa)³¹.

O conceito, em sua forma primitiva, diga-se, praticamente abandona sua raiz, qual seja, a necessidade de conservação dos recursos naturais. O afã em amarrar a exploração dos recursos disponíveis (naturais, financeiros, humanos) às necessidades da humanidade e ao bem-estar desta, como incremento da qualidade de vida, acabam por suplantam a razão pela qual o próprio conceito de sustentabilidade veio à tona: a manutenção das bases naturais de vida na terra.

Embora a expressão tenha sido cunhada por meio deste documento, o conceito, como exposto, não é menos antropocêntrico do que as involuções que lhe precederam.

Cumpre esclarecer, todavia, que a estratégia de 1980 não representa um retrocesso, mas apenas um problema terminológico. Isso por que não busca afastar a necessidade de conservação dos recursos naturais de seus objetivos, apenas não a inclui dentro da fórmula do adotado conceito de desenvolvimento sustentável.

Este fato fica bastante claro quando se analisa seus objetivos e os obstáculos considerados para a consecução daqueles, os quais são expostos por Philippe Sands (2003, p. 47, tradução nossa) de maneira bastante didática:

³¹ “By the release of the 1980 *World Conservation Strategy* of the International Union for the Conservation of Nature (IUCN), which defines sustainable development as ‘the modification of the biosphere and the application of human, financial, living and non-living resources to satisfy human needs and improve the quality of human life’, the term had become recognized at the global level”. (SEGGER, 2008, p. 96).

A Estratégia de 1980 enfatiza três objetivos atinentes à interdependência entre conservação e desenvolvimento: 1. processos ecológicos essenciais e sistemas que dão sustentação à vida devem ser mantidos; 2. a diversidade genética deve ser preservada; e 3. o uso de espécies ou ecossistemas deve ser sustentável.

Identificou seis obstáculos principais para atingir os mencionados objetivos: 1. a falha em reconhecer que a conservação dos recursos vivos é um processo que atravessa todos os setores; 2. a falha em integrar conservação com desenvolvimento; 3. levar a cabo um processo de desenvolvimento que é inadequado do ponto de vista do planejamento e manejo ambiental; 4. falta de capacidade de conservar em razão da ausência de legislação e falta de meios de coerção. 5. falta de consciência acerca dos benefícios da conservação e 6. a falta de habilidade em introduzir um desenvolvimento baseado na conservação onde ele é mais necessário, incluindo as áreas rurais dos países em desenvolvimento³².

Nota-se que, neste momento, passa-se a utilizar diretamente o termo sustentável para fazer referência a padrões de desenvolvimento, demonstrando que a preservação do meio ambiente, além de integrar a própria noção de desenvolvimento, constitui pressuposto necessário para que este possa existir.

A evolução do tratamento dos elementos “desenvolvimento” e “uso dos recursos naturais”, se considerado como ponto de partida os

³² “The 1980 Strategy emphasized three objectives stressing the interdependence of conservation and development: 1. essential ecological processes and life-support systems must be maintained; 2. genetic diversity must be preserved; and 3. any use of species or ecosystems must be sustainable. It identified six main obstacles to the fulfillment of these objectives: 1. the failure to recognize that living resource conservation is a process that cuts across all sectors; 2. the failure to integrate conservation with development; 3. a development process that is inadequate in environmental planning and management; 4. lack of capacity to conserve due to inadequate legislation and lack of enforcement; 5. lack of awareness of the benefit of conservation; and 6. the inability to deliver conservation-based development where it is most needed, including rural areas of developing countries.” (SANDS, 2003, p. 47).

primeiros tratados internacionais sobre o tema, citados, e o presente momento histórico como linha de chegada, é gritante.

Dois anos mais tarde, em 1982, a Assembleia da ONU adotou a Carta Mundial da Natureza (UNITED NATIONS, 1982)³³, a qual estabeleceu princípios jurídicos de conservação do meio ambiente, por meio dos quais “todas as condutas humanas que afetem a natureza serão guiadas e julgadas”.

Segundo Sands (2003, p. 45), a Carta apresenta uma importante inovação: enquanto os outros instrumentos normativos adotados até então eram eminentemente antropocêntricos e focados na proteção da natureza em benefício do homem, esta enfatiza a proteção da natureza como um fim em si mesmo³⁴.

Com efeito, neste documento são retomadas as raízes do conceito de desenvolvimento sustentável, reclamando, no artigo 4º (incluso no capítulo dos princípios gerais), o seguinte:

4. Ecossistemas e organismos, assim como os recursos terrestres, marinhos e atmosféricos que são utilizados pelo homem, deverão ser manejados com o objetivo de atingir e manter uma produção sustentável ótima, mas que não seja tal a ponto de colocar em risco a integridade daqueles outros ecossistemas ou espécies que com ele coexistem³⁵.

Mais adiante, no item 8, sedimenta-se um valor já expresso na Resolução 1831 da Assembleia Geral, de 1962: a necessidade de congruência entre o planejamento da política econômica, do crescimento populacional e do incremento dos padrões de vida com a capacidade de os sistemas naturais assegurarem a subsistência e a estabilização dos

³³ A Carta foi adotada por 111 votos a favor, 18 abstenções e 1 voto contrário (Estados Unidos da América).

³⁴ “Whereas the earlier instruments were anthropocentric and focused on the protection of nature for the benefit of mankind, the Charter emphasizes the protection of nature as an end in itself.” (SANDS, 2003, p. 45)

³⁵ “4. Ecosystems and organisms, as well as the land, marine and atmospheric resources that are utilized by man, shall be managed to achieve and maintain optimum sustainable productivity, but not in such a way as to endanger the integrity of those other ecosystems or species with which they coexist.”.

povos respectivos, reconhecendo que esta capacidade deve ser reforçada por meio da ciência e da tecnologia³⁶.

Dentro do sistema das Nações Unidas, embora não seja uma unanimidade, a relação de interdependência entre preservação ambiental e desenvolvimento é mais que clara. O aspecto ambiental deve ser considerado como parte integrante da política econômica, não só por questões de cunho ecológico, mas, inclusive, por uma necessidade jurídica de agir dessa maneira, vez que o conteúdo desses documentos deve nortear a ação dos Estados.

Muito embora no campo político e jurídico internacional tenha havido grande evolução do tratamento da preservação ambiental e, mais especificamente, da significância e importância do desenvolvimento sustentável, acertada é a posição de Solange Teles da Silva (2009, p. 32) ao afirmar que “os progressos nesse período [1972-1982] foram insuficientes para alterar a destruição do meio ambiente”. A autora destaca, ainda, que “de acordo com uma avaliação realizada pelo PNUMA dos 10 anos que se seguiram a Estocolmo, na reunião realizada em Nairóbi (Quênia) em 1982, os problemas ambientais tinham piorado”.

Assim sendo, na busca por uma maior efetividade na atuação da mudança de paradigma que vinha sendo operada no seio das Nações Unidas e que, em um futuro próximo, seria refletida no direito internacional positivo de uma maneira geral, a Assembleia Geral nomeou, em 1983, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida pela Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, com os seguintes objetivos, como anota Schrijver (2008a, p. 65),

- (a) propor estratégias para atingir o desenvolvimento sustentável no ano 2000 e futuramente;
- (b) recomendar mecanismos por meio dos quais pudesse ser atingida a cooperação

³⁶ “8. In formulating long-term plans for economic development, population growth and the improvement of standards of living, due account shall be taken of the long-term capacity of natural systems to ensure the subsistence and settlement of the populations concerned, recognizing that this capacity may be enhanced through science and technology”. Philippe Sands, ao comentar o aludido dispositivo, afirma que “It calls for the integration of nature into the planning and implementation of development activities, taking into account the long-term capacity of natural systems and the physical constraints, biological productivity and diversity and natural beauty of different areas”. (SANDS, 2003, p. 45).

entre os países em desenvolvimento e entre esses e os países desenvolvidos, com o fito de chegar a objetivos comuns e que se apoiassem mutuamente, os quais englobassem a interrelação entre povos, recursos, meio ambiente e desenvolvimento³⁷.

A Comissão, além de empreender verdadeira cruzada em uma série global de consultas, indicou um grupo de *experts* em direito internacional para que formulassem um compêndio dos princípios existentes que unissem a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Lamentavelmente, esses princípios não integraram o relatório final³⁸.

Um parêntesis, todavia, merece referência, a fim de que a exposição do tema mantenha a ordem cronológica dos acontecimentos. Concomitantemente ao desenvolvimento dos trabalhos da Comissão e, talvez, até por meio de influência destes (cuja confirmação demandaria estudo específico), foram editados dois tratados internacionais que fizeram menção expressa ao conceito de desenvolvimento sustentável.

O primeiro deles é o Acordo das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) sobre a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, de 1985 (ASEAN, 1985). No aludido tratado (artigo 1), o desenvolvimento sustentável foi considerado como uma meta a ser atingida e foi assegurada, no artigo 2, que a conservação e manejo dos recursos naturais consiste em uma parte integrada dos projetos voltados ao desenvolvimento.

³⁷ “The mandate of the Commission was (a) to propose long-term strategies to achieve sustainable development in the year 2000 and thereafter, and (b) to recommend ways in which greater co-operation could be achieved between developing countries themselves and between developing countries and developed countries which would lead to ‘the achievement of common and mutually supportive objectives which take account of the interrelationship between people, resources, environment and development’”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 65).

³⁸ Os princípios propostos não foram formalmente adotados, e acabaram sendo deixados à ONU para guiar as futuras discussões acerca do desenvolvimento sustentável (MUNRO, 1989). Dentre os princípios adotados, tal qual salienta Hans Christian Bugge (2008, p. 18), estão o de que todos os seres humanos têm direito a um meio ambiente adequado para sua saúde e bem-estar, bem como o princípio da equidade intergeracional, segundo o qual os Estados devem usar e conservar o meio ambiente e os recursos naturais em benefício das presentes e futuras gerações.

O segundo é a Convenção para a Proteção do Meio Ambiente e Recursos Naturais da Região do Pacífico Sul, de 1986. Este acordo, no item 1 do artigo 5, acabou por positivar diversos elementos que viriam, posteriormente, a se refletir na convenção do Rio, ao estatuir que os Estados devem atuar para:

[...] prevenir, reduzir e controlar a poluição da Área da Convenção, oriunda de qualquer fonte, e assegurar o sadio manejo ambiental e desenvolvimento dos recursos naturais, utilizando-se dos meios mais adequados de que dispuserem, de acordo com suas capacidades³⁹.

Ambos os tratados citados, notadamente o primeiro, percebem a evolução normativa que a obrigação de uso sustentável dos recursos naturais sofreu ao longo do tempo, e reconhecem a visceral ligação entre os projetos de desenvolvimento e a proteção do meio ambiente, começando a conferir-lhe caráter de normatividade.

Abarcando entendimento semelhante ao dos instrumentos normativos citados, e, ao fim do longo e estafante trabalho, a Comissão entregou o relatório à Assembleia Geral em 1987, batizando-o de “Nosso Futuro Comum”, também conhecido como Relatório Brundtland.

Tratou-se de extenso texto, o qual se preocupou, nas palavras de Hans Christian Bugge (2008, p. 6), conselheiro pessoal de Gro Harlem Brundtland à época dos trabalhos da Comissão, “em ilustrar a interconexão entre os problemas da pobreza e da degradação ambiental, e as ameaçadoras perspectivas para o futuro se modificações não forem feitas”⁴⁰.

³⁹ “Article 5. GENERAL OBLIGATIONS. 1. The Parties shall endeavour, either individually or jointly, to take all appropriate measures in conformity with international law and in accordance with this Convention and those Protocols in force to which they are party to prevent, reduce and control pollution of the Convention Area, from any source, and to ensure sound environmental management and development of natural resources, using for this purpose the best practicable means at their disposal, and in accordance with their capabilities. In doing so the Parties shall endeavour to harmonize their policies at the regional level.” (CONVENTION..., 1986).

⁴⁰ “It illustrates what is called the interconnection perspectives for the future if changes are not made” (BUGGE, 2008, p. 6).

Apontou o documento, como objetivos críticos das políticas públicas para a proteção ambiental e para a promoção do desenvolvimento, que estas devem incluir a preservação da paz, a redefinição de ‘crescimento’ e a alteração de suas características, a fim de remediar os problemas da pobreza e satisfazer as necessidades humanas, cientes dos problemas do crescimento populacional e da conservação e aprimoramento das bases dos recursos naturais, reorientando a produção tecnológica e fundindo meio ambiente e economia no processo de tomada de decisão, de modo que o desenvolvimento passe a ser sustentável. (SEGGGER, 2008, p. 95).

A Comissão atuou em diversas frentes, apontando a necessidade de mudanças estruturais no campo das políticas e da legislação dentro dos Estados e internacionalmente, a fim de alterar o padrão desenvolvimentista que vigorava até então.

O grande mérito dos estudos desenvolvidos, contudo, foi demonstrar que todos os campos relacionados ao desenvolvimento (energia, preservação das espécies, indústria, etc.) estão umbilicalmente conectados, de modo que não se pode pensar em alterar o regramento de um deles sem pensar, automaticamente, nos outros⁴¹.

Justamente por ter considerado todas essas variáveis e, ainda, diante do fato de a constituição da Comissão Brundtland ter sido o próprio resultado da constante evolução da preocupação dos Estados na busca por novos meios de interação entre economia e meio ambiente a fim de alcançar os padrões de desenvolvimento que pudessem trazer maiores benefícios à humanidade, é de se considerar que a fórmula adotada para o conceito foi demasiado simplista.

Nesse sentido, interessante o comentário de Marie-Claire Cordonnier Segger (2008, p. 95) que afirma ter sido a famosa fórmula cunhada por um pequeno grupo de trabalho da Comissão Mundial, em apenas duas horas.

O texto do Relatório Brundtland foi adotado pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução nº 42/187. O texto, reconhecendo

⁴¹ Solange Teles da Silva (2009, p. 33) destaca que “as principais áreas nas quais a comissão se debruçou foram: população, segurança alimentar, extinção de espécies e esgotamento de recursos genéticos, energia, indústria e assentamentos humanos, considerando-as de forma interligada. Papel de destaque foi igualmente dado à cooperação internacional e à necessidade de reforma das instituições. O Relatório sugeriu que a Assembleia Geral das Nações Unidas deveria analisar a conveniência da convocação de uma conferência internacional para o estudo dos progressos obtidos”.

a aceleração da degradação do meio ambiente e seus recursos, bem como as consequências que esta deterioração acarreta para o desenvolvimento econômico e social, estatuiu que o desenvolvimento sustentável é um princípio guia das ações da ONU, dos Governos e instituições privadas, organizações e empresas. (UNITED NATIONS, 1987).

Acerca das características do desenvolvimento sustentável que restaram reconhecidas pela normativa da Assembleia Geral da ONU, importante destacar a lição de Segger (2008, p. 97-98):

Em síntese, a Resolução deixa claro que, em 1987, a Assembleia Geral das Nações Unidas não via o conceito de desenvolvimento sustentável simplesmente como um ‘termo de compromisso’ para viabilizar uma exploração dos recursos naturais mais preocupada com o meio ambiente, ou uma nova visão das políticas ambientais dos países em desenvolvimento que fosse mais ‘amiga do desenvolvimento’. O conceito significou um novo objetivo para os governos e para o sistema internacional, uma meta comum para definir e implementar um novo tipo de desenvolvimento em alguns setores econômicos específicos (como agricultura, florestas, pesca), que possa durar a longo prazo. Ele reclamou por novos esforços no nível internacional e nacional para reorientar o planejamento econômico e as políticas para o desenvolvimento sustentável⁴².

Partindo dessas constatações, e objetivando estabelecer novos padrões a serem seguidos pela comunidade internacional no futuro, foi convocada, no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre

⁴² “Overall, the Resolution makes it clear that in 1987, the UNGA did not see the concept of sustainable development as merely a ‘compromise term’ for more environmentally sound exploitation of natural resources, or a softer, more ‘development-friendly’ way to refer to new environmental policies in developing countries. It meant a new objective for governments and the international system, a common goal to design and implement a ‘new kind of development’ in certain specific economic sectors (such as agriculture, forestry, fisheries), one that can last over the long term. It called for new efforts at international and national levels to reorient economic programming and policies toward sustainable development”. (SEGGGER, 2008, p. 97-98).

Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), também conhecida como a Cúpula da Terra⁴³.

Antes de adentrar a análise dos fluxos e influxos que o conceito de desenvolvimento sustentável recebeu durante a Convenção do Rio, é importante tecer algumas considerações acerca da limitação da fórmula adotada pelo Relatório Brundtland frente ao estágio de evolução normativa que se encontrava o desenvolvimento sustentável no campo do direito internacional.

Foram muitos anos e uma longa evolução no prisma político-normativo para que se pudesse abandonar, ainda que parcialmente, a mentalidade de que a conservação dos recursos naturais, vivos e não vivos, justificava-se tão somente em razão destes serem necessários à manutenção do sistema econômico vigente e sustentáculo do modelo desenvolvimentista adotado.

Somente em 1962, por meio da Resolução 1831 da Assembleia Geral da ONU, comentada, passa-se a considerar a necessidade de cooperação entre os Estados para que os recursos do planeta fossem mantidos, bem como é iniciado o alerta para o fator tempo, ciente da necessidade da adoção de conservação da fauna e flora o mais rápido possível.

Apenas desse pequeno fruto do direito internacional, ainda que oriundo de ato não vinculante de uma organização internacional, pode-se colher dois elementos que passaram despercebidos à fórmula adotada pelo relatório Brundtland: o fator tempo e a necessidade de cooperação entre os países, para o atingimento de uma melhor qualidade de vida, de produção e do meio ambiente.

Mais adiante, já no campo do direito dos tratados, com a Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, de 1968, percebe-se que houve a positivação de mais um elemento fundamental na busca pela sustentabilidade – a necessidade de orientação científica e a preocupação com os interesses do povo na destinação a ser dada aos recursos naturais – também esquecido pelo conceito adotado no relatório.

Até aqui, contabilizam-se quatro elementos imprescindíveis à sustentabilidade e absolutamente ignorados pelo relatório de 1987: além dos dois já citados, agregam-se a participação popular no processo de

⁴³ Acerca dos trabalhos preparatórios da Conferência bem como para um estudo aprofundado sobre a participação brasileira nesses bastidores, conferir as obras de LAGO (2007), SILVA (1995) e SOARES (2003).

decisão bem como a importância da ciência para verificar qual a melhor aplicação e uso dos recursos disponíveis.

A preocupação com a existência de recursos disponíveis às gerações presentes e futuras, elemento marcante do conceito exposto no relatório Brundtland, sequer foi novidade, eis que já havia sido adotada ainda em 1972, quinze anos antes, pela proclamação de nº 6 da Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de Estocolmo, a qual consignou, expressamente, os mesmos termos - aos quais a moderna doutrina nomeia de equidade inter e intrageracional⁴⁴.

Pouco antes da formação da comissão, ainda, a própria fórmula “desenvolvimento sustentável” já havia sido apresentada à comunidade internacional, por meio da Estratégia Mundial para a Conservação da Natureza, documento produzido por organizações internacionais, como exposto. E, diga-se, o conceito adotado neste documento trazia um significado muito mais substancial do que a fórmula simplificada adotada no relatório de 1987.

Muito embora, a uma primeira análise, possa vir à mente, o escopo do presente e modesto estudo não é, de maneira alguma, desmerecer ou mesmo diminuir o trabalho hercúleo realizado pela Comissão Brundtland.

Tampouco é o intento subestimar a contribuição dada para informar os Estados da necessidade de alteração do modelo desenvolvimentista que vinha (e vem) sendo adotado e, sobretudo, alertar para a urgência na adoção de medidas destinadas à preservação do meio ambiente, erradicação da pobreza e melhoria da qualidade de vida da humanidade de um modo geral.

Da detida análise dos antecedentes normativos do conceito, verificou-se dois fatos e faz-se imprescindível, aos objetivos do presente estudo, pô-los em voga. Primeiro, que boa parte das preocupações levantadas pelo relatório já haviam sido objeto de estudos e, sobretudo, já haviam sido incluídas em instrumentos jurídicos que, muito embora por vezes não vinculassem os Estados a seu adimplemento (*soft law*), eram suficientes para demonstrar a intenção desses em agir daquela maneira, conformando suas condutas internas à prescrição normativa.

Em segundo lugar, verifica-se, por todo o percurso realizado, que o conceito adotado pela Comissão é absolutamente insuficiente para

⁴⁴ Para uma leitura bastante aprofundada sobre o significado destes conceitos, suas aplicações ao direito e, em especial, em termos práticos, recomenda-se a leitura de SCHRIJVER (2008a).

refletir o grau de evolução normativa que o desenvolvimento sustentável gozava à época em que a fórmula foi cunhada - 1987.

Isso porque se olvidou (a fórmula), talvez por questões políticas, de incluir no conceito que veio a ser adotado por baliza para tantos outros tratados internacionais que lhe foram posteriores, elementos como a participação do povo no processo de tomada de decisões, a importância da contribuição da ciência para a definição da utilização mais adequada dos recursos naturais, a necessidade de cooperação entre os estados para incrementar a qualidade de vida, do desenvolvimento econômico e do meio ambiente global.

Todos esses elementos, embora considerados vitais para o atingimento de qualquer patamar de sustentabilidade que se considere aceitável, foram sumariamente excluídos da fórmula positivada em Brundtland.

O conceito, pois, esvazia-se à medida que deixa para trás boa parte dos avanços normativos obtidos a partir do processo histórico de evolução. Em síntese, o texto não representa a norma que a comunidade internacional cunhara; não representa, por assim dizer, o significado da sustentabilidade no campo do direito internacional⁴⁵.

Este, em verdade, o escopo desta primeira parte do estudo, resgatar os antecedentes normativos do conceito de desenvolvimento sustentável, pretéritos à fórmula cunhada no relatório Brundtland, a fim de devolver a normatividade ao texto linguístico por meio da busca do âmbito material da norma.

Em outras palavras, trata-se de resgatar-lhe a complexidade a que já fazia menção o juiz Weeramantry, da Corte Internacional de Justiça, quando da prolação de sua opinião separada no caso Projeto Gabčíkovo-Nagymaros, no sentido de que o conceito deve ser fortalecido pelas informações valiosas que foram obtidas ao longo de milênios da experiência humana, para que possa dar sua importante contribuição ao direito internacional.

Feitas essas considerações e partindo dessas premissas, deve-se passar à análise da inserção do conceito adotado em Brundtland no

⁴⁵ “O direito não se apoia somente na norma verbal, nem pode ser conquistado a partir dela e com o auxílio do processo puramente lógico, assim como da subsunção obtida pela via da conclusão silogística. O direito não é idêntico ao texto literal da disposição legal [...] a disposição legal extensivamente apreendida na normatividade materialmente determinada, e não sua versão linguística é o ponto de referência para da concretização”. (MÜLLER, 2008, p. 196-197).

campo do direito internacional positivo. O marco, como exposto, encontra-se no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), também conhecida como a Cúpula da Terra⁴⁶, por meio dos princípios adotados das duas Convenções firmadas na oportunidade – a Convenção de Biodiversidade e a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas.

2.2 A PRESENÇA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS DIVERSOS CAMPOS DO DIREITO INTERNACIONAL

2.2.1 Na Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e na Declaração do Rio, de 1992

A conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento chama a atenção já pela sua própria nomenclatura, a qual marca a consolidação de um novo paradigma: a necessidade de integrar as preocupações com o meio ambiente dentro dos projetos de desenvolvimento e de política econômica⁴⁷.

A amplitude que o projeto abraçado pela conferência ganhou foi notável. Estiveram presentes no Rio de Janeiro delegações de 172 países, com a presença de 108 Chefes de Estado ou de Governo. Segundo dados das Nações Unidas, foram credenciados cerca de 10.000 jornalistas e representantes de 1.400 organizações não-governamentais, ao mesmo tempo em que o Fórum Global, evento paralelo, reunia membros de 7.000 ONGs. (UNITED NATIONS, 1989)

Estes números, na perspectiva de André Aranha Corrêa do Lago (2007, p. 53), evidenciaram a importância que a temática adquiriu junto à comunidade internacional. Anota o aludido autor:

⁴⁶ Acerca dos trabalhos preparatórios da Conferência bem como para um estudo aprofundado sobre a participação brasileira nesses bastidores, conferir a obra de LAGO (2007), SILVA (1995) e SOARES (2003).

⁴⁷ “The very name of the conference reflected a change in approach since the *Conference on Human Environment* in Stockholm. While the focus had once been on the human impact on the environment and assessing the relevance of the environment in terms of human need, the UNCED’s approach presented a marked contrast. Here, in accordance with the issues signaled in the Brundtland Report and the UNGA Resolution which accepted it, the focus was on development needs and how to integrate environmental considerations into development planning and economic decision-making” (SEGGER, 2008, p. 98).

[...] mostraram, antes de tudo, que a questão do meio ambiente, vinte anos após Estocolmo, havia-se tornado suficientemente importante na agenda internacional para justificar o deslocamento de um número inédito de Chefes de Estado e de Governo para uma única reunião. Outro fato que, de imediato, marca uma sensível diferença com relação a 1972 é a realização da Conferência em um país em desenvolvimento – país que chegou a ser considerado a *bete noire* de Estocolmo -, indicação que o tema não era mais considerado um “luxo” de países ricos e, sim, uma questão que exigia um engajamento coletivo da comunidade internacional.

Interessante destacar, a título de registro, que a conferência foi considerada pelos organizadores “claramente a conferência intergovernamental de alto nível mais importante já realizada em nosso planeta” (STRONG, 1992).

Consoante já exposto, os objetivos da conferência foram discutir de que maneira compatibilizar o crescimento econômico com a preservação do meio ambiente, a partir do referencial de sustentabilidade. Este, para o economista Charles Kolstad (2000, p. 30), encontra vazão a partir do “entendimento de que o equilíbrio do meio ambiente não é incompatível com o progresso do homem”.

Do ponto de vista normativo, que interessa precipuamente ao presente estudo, a Conferência do Rio resultou na edição de alguns dos mais relevantes documentos para o direito ambiental internacional, sobretudo para a afirmação do desenvolvimento sustentável enquanto princípio informador das ações dos Estados.

Analisa-se, por ora (por razões eminentemente metodológicas)⁴⁸, o conteúdo normativo apenas da Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, adotada por consenso entre os representantes dos 176 países que participaram do encontro e referendada pelas resoluções 47/190 e 48/190 da Assembleia Geral da ONU.

⁴⁸ A fim de oportunizar um exame mais específico da evolução do tratamento normativo do desenvolvimento sustentável nos diversos campos do direito internacional, optou-se por tratar da matéria no texto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e na Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica no item 2.2, juntamente com os instrumentos destinados à proteção ambiental.

Composta de 27 princípios, a declaração, enquanto instrumento político-jurídico,

contribuiu com a consagração de certos princípios de direito ambiental internacional como regras costumeiras e fomentou a adoção em outros princípios em tratados ambientais multilaterais e na legislação interna dos países. (SILVA, 2009, p. 35).

É interessante registrar que a declaração opera, antes de tudo, uma mudança de eixo, alterando o conceito de desenvolvimento (do campo majoritariamente econômico) por meio de outras variantes, que serão representadas pela locução ‘desenvolvimento sustentável’⁴⁹.

Na perspectiva de Alan Boyle (2004), a referida declaração influenciou de maneira significativa em muitos aspectos da criação do direito, além de marcar a transição do direito internacional ambiental e direito internacional econômico para um direito internacional do desenvolvimento sustentável⁵⁰.

Duncan French (2005) compartilha deste posicionamento ao afirmar que a Declaração do Rio buscou, a partir da adoção do termo, estabelecer uma relação binária entre o viés econômico do desenvolvimento e a necessidade de proteção ambiental, tornando ambas indissociáveis⁵¹.

⁴⁹ “Key elements of the Rio declaration elucidate certain normative aspects of the ‘new kind of development’ that was being contemplated by the world community”. (SEGGER, 2008, p. 98).

⁵⁰ “La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 ha influido de manera significativa en muchos aspectos de la creación de derecho. Más aún, pareciera ser uno de los "numerosos instrumentos" que establecen nuevas normas de derecho internacional ambiental a que se refiere la Corte Internacional de Justicia en el Caso Relativo a la presa de Gabèikovo-Nagymaros, y en la cual el tribunal se basó explícitamente en su Opinión Consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares. La Declaración es parte de un proceso en marcha de codificación y desarrollo del derecho internacional ambiental, aunque otros autores también la han considerado un hito que señala la transición desde el derecho internacional ambiental y el derecho internacional económico hacia un derecho internacional del desarrollo sustentable.” (BOYLE, 2004).

⁵¹ “documents agreed at Rio Conference in 1992 and the review summit at 1997 considered sustainable development primarily in terms of a binary relationship between economic development and environmental protection”. (FRENCH, 2005, p. 22).

No mesmo sentido é o registro de Sergio Marchisio (2005), para quem a CNUMAD deu início “a uma nova fase do desenvolvimento sustentável, destinada a tornar compatíveis os imperativos do desenvolvimento econômico e as exigências da tutela ambiental”⁵².

A visão abalizada dos autores, todavia, desconsidera a inclusão de fortes compromissos sociais dentro da locução ‘desenvolvimento sustentável’, posição que é defendida por Christina Voigt ao considerar a existência de uma relação integrada entre os elementos econômico, social e ambiental⁵³, e Marie-Claire Cordonnier Segger, a qual reconhece, ainda que em menor escala, a aderência de elementos sociais ao conceito, por meio dos princípios positivados na declaração⁵⁴.

De qualquer sorte, resta incontestado que as normas trazidas pela declaração implicam em uma ressignificação do modelo de desenvolvimento que até então vinha sendo utilizado, no campo do direito positivo, buscando impor obrigações aos Estados destinadas à observância de diversas matérias concomitantemente, revelando, assim, um aspecto impositivo/integrativo.

Impositivo na medida em que se utiliza de expressões que indicam obrigatoriedade, diferenciando-a, pois, da característica do texto adotado em Estocolmo (1972), sobretudo por uma questão de abordagem. Como registram Birnie, Boyle e Redgwell (2009), a redação

⁵² “La Conferenza dele Nazioni Unite sull’ambiente e lo sviluppo (UNCED), svoltasi a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992 dopo due anni e mezzo di lavori preparatori, há poi dato avvio ala nuova fase dello sviluppo sostenibile, tendente a rendere compativili gli imperativi dello sviluppo economico e le esigenze della tutela ambientale e ad estendere alla cooperazione internazionale alla soluzione dei problemi ambientali a carattere globale [...]” (MARCHISIO, 2005, p. 183).

⁵³ “The Rio Declaration, a document setting out 27 principles, while reaffirming the 1972 Stockholm Declaration, introduced a ‘new approach and philosophy to international relations. [...] While the introduction of the concept of sustainable development, economic development, the environment, and human rights were supposed to be treated in an integrated manner.” (VOIGT, 2009, p. 15-17).

⁵⁴ “The Earth Summit, therefore, contributed to global understanding of the concept of sustainable development. First, the package of outcomes, taken together, were designed to influence not only the policies of environmental authorities, but rather, the programs of economic development authorities, and even the responsibilities of departments in charge of the social aspects of development. [...] While a stronger social and human rights element was not yet fully brought into the concept of sustainable development in Rio, important linkages were recognized and affirmed.” (SEGGER, 2008, p.100-101).

é composta, majoritariamente, de mandamentos, e não orientações, o que revela o caráter coercitivo de boa parte de suas disposições⁵⁵.

O aspecto integrativo, por sua vez, reside na tentativa de o texto, em todos os 27 princípios elencados, intentar amarrar a aplicação de elementos sociais, ambientais e econômicos em um mesmo conceito, que é projetado tanto ao presente quanto ao futuro.

Este ponto é destacado por Cristina Voigt (2009), para quem “o princípio integrativo permanece o mais fundamental e operacionalmente significativo” quando se trata do conceito de desenvolvimento sustentável introduzido pela declaração do Rio⁵⁶.

Nesse particular, destaca-se a redação dos princípios 4 e 25. O primeiro amarra definitivamente a necessidade da observância da preservação ambiental para a edição de políticas públicas e normas voltadas à promoção do desenvolvimento, elevando-a à categoria de obrigação jurídica. Veja-se:

Princípio 4 - Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste. (ONU, 1992).

O segundo vincula umbilicalmente objetivos das três ordens a partir da singela redação “a paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis”.

⁵⁵ “Unlike the earlier Stockholm Declaration of 1972, it is expressed mainly in obligatory terms. Although some principles use the words ‘States should...’, most start with the injunction that ‘States shall...’. There is little doubt that many of its carefully drafted terms are capable of being and were intended potentially to be norm creating or to lay down the parameters for further development of the law. The UN general Assembly endorsed the Declaration, referring to it as a containing fundamental principles for the achievement of sustainable development, based on a new equitable global partnership”. (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 112-113).

⁵⁶ “Despite the variability of approaches to categorizing elements of sustainable development, the principle of integration remains the most fundamental and operationally significant. (...) While this early focus on integration only illuminated one side of the equation – the integration of environmental protection into development – present understanding sees all three main components – the social, economic, and environmental – as integral aspects of a triangular relationship”. (VOIGT, 2009, p. 36).

Partindo-se, sempre, da concepção de Voigt, para quem o princípio do desenvolvimento sustentável atrai a aplicação, de maneira integrada, tanto das disposições voltadas ao desenvolvimento social, da economia e da proteção do meio ambiente, convém analisar os princípios positivados no texto, também dentro dessa divisão – fictícia, ante o fato de os conceitos serem interconectados, mas que será utilizada apenas para facilitar a abordagem.

A imposição de respeito ao meio ambiente como faceta indissociável do modelo de desenvolvimento (sustentável) proposto pela declaração, além de exposta claramente no princípio 4, é visível de maneira bastante evidente também no princípio 2⁵⁷.

Por meio deste, resta reafirmada a disposição de Estocolmo acerca da soberania dos Estados sobre a exploração de seus recursos naturais, consoante os ditames de suas próprias políticas internas. Todavia, o mesmo dispositivo estabelece, *in fine*, algumas restrições aos modos de exercício desse direito, derivadas de outro princípio jurídico basilar – *altrum non laedere*⁵⁸.

A mesma integração entre desenvolvimento e meio ambiente é exposta pelo princípio 3⁵⁹ e 11⁶⁰.

⁵⁷ Princípio 2 - Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional. (ONU, 1992)

⁵⁸ Convém destacar, por uma questão de honestidade acadêmica, que a soberania dos Estados sobre os recursos naturais é um princípio altamente intrincado, que deve ser lido em conjunto com toda a gama de princípios de direito internacional e, mais especificamente, de direito internacional do ambiente. A disciplina deste princípio é abordada com clareza singular e profundidade ímpar pelo professor Nico Schrijver em sua monografia **Sovereignty Over Natural Resources: balancing rights and duties** (2008b), na qual, depois de analisar pormenorizadamente a evolução normativa do princípio, suas variantes e seus diálogos com demais normas, conclui pela existência do direito na medida em que os Estados exerçam a exploração de uma maneira sustentável, com a responsabilidade da indústria e da sociedade civil em evitar o desperdício dos recursos naturais e causar o menor grau de poluição possível.

⁵⁹ Princípio 3 - O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras. (ONU, 1992).

No primeiro, ao consagrar o direito ao meio ambiente como parte integrante do direito ao desenvolvimento, sob o enfoque intertemporal das presentes e futuras gerações. Vale destacar, aqui, que a aludida disposição carrega em sua essência a definição adotada pelo relatório Brundtland.

O segundo, por meio da locução “os Estados adotarão legislação ambiental eficaz”, traz inequívoco comando. Este, todavia, é mitigado pela parte final do dispositivo, a qual reconhece que um mesmo critério não necessariamente será adequado para todos os Estados, de modo a assegurar, ainda que indiretamente, o respeito às particularidades de cada país.

Ainda sobre necessidade de preservação do meio ambiente, o princípio 7 impõe a necessidade de cooperação dos Estados para sua consecução, ao passo que o princípio 13 se preocupa com a temática da poluição e dos danos ambientais, obrigando os Estados a desenvolver legislação específica sobre a responsabilidade civil aplicável a estas situações.

Destaca-se, ainda na temática ambiental, o princípio 14 (movimento transfronteiriço de substâncias perigosas), 15 (princípio da precaução), 16 (internalização dos custos ambientais e poluidor-pagador) e 17 (estudo de impacto ambiental).

No aspecto social, merece atenção o princípio 1º, o qual, ao mesmo tempo em que revela uma matriz antropocêntrica, ao estabelecer que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável”, retoma o aspecto ambiental ao consignar que o “direito a uma vida saudável e produtiva” deve ser exercido “em harmonia com a natureza”⁶¹.

Ainda, importante frisar que o princípio 3º, ao trazer à baila a preocupação com as presentes e futuras gerações, além de realizar importante papel social, traz profundas implicações jurídicas na medida

⁶⁰ Princípio 11 - Os Estados adotarão legislação ambiental eficaz. As normas ambientais, e os objetivos e as prioridades de gerenciamento deverão refletir o contexto ambiental e de meio ambiente a que se aplicam. As normas aplicadas por alguns países poderão ser inadequadas para outros, em particular para os países em desenvolvimento, acarretando custos econômicos e sociais injustificados. (Ibid.).

⁶¹ Nico Schrijver (2008a, p. 71) identifica a tendência de os autores considerarem que o aludido princípio acarreta em uma abordagem estritamente antropocêntrica e se opõe a este entendimento: “The Rio Declaration has been referred to by some as a ‘triumph of unrestrained anthropocentricity’ – an opinion not shared by this author”.

em que impõe a projeção temporal de todos os atos destinados à preservação ambiental e desenvolvimento econômico adotados no presente.

O princípio elencado no item 5, que impõe aos Estados a necessidade de o modelo de desenvolvimento se destinar à promoção da igualdade social e erradicação da pobreza, para atender às necessidades da maioria da população do mundo⁶², a fim de ser considerado sustentável, é forte indicativo do aspecto social do conceito.

Há se destacar o teor do princípio contemplado pelo item 8, no sentido em que demonstra a preocupação com a elevação da qualidade de vida e a promoção de políticas demográficas adequadas.

O princípio 9⁶³ abarca outros dois vetores essenciais na alteração dos padrões de desenvolvimento, buscando a sustentabilidade. O primeiro deles reside na necessidade de cooperação entre os Estados, compreendendo que é papel de todos estes entes a consecução dos objetivos fixados pela norma, devendo agir de uma maneira coordenada, integrada e solidária.

O outro aspecto que merece destaque é a importância dada ao conhecimento científico. Embora não expressamente, pode-se depreender do texto que a ciência e a tecnologia desempenham um papel significativo e essencial na consecução de um padrão de desenvolvimento que seja considerado sustentável, razão pela qual os Estados devem colaborar para o intercâmbio daquelas.

Merece relevante destaque a disposição do princípio 10, ao assegurar um direito de acesso a informações aos próprios cidadãos, bem como sua participação nos processos de decisão, inclusive viabilizando a utilização de meios judiciais e administrativos para atuar em defesa do meio ambiente.

A questão do gênero é contemplada pelo princípio 20, ao reconhecer que as mulheres possuem “um papel vital no gerenciamento

⁶² Princípio 5 - Para todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo. (ONU, 1992).

⁶³ Princípio 9 - Os Estados devem cooperar no fortalecimento da capacitação endógena para o desenvolvimento sustentável, mediante o aprimoramento da compreensão científica por meio do intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, e mediante a intensificação do desenvolvimento, da adaptação, da difusão e da transferência de tecnologias, incluindo as tecnologias novas e inovadoras. (ONU, 1992).

do meio ambiente e do desenvolvimento”, assegurando-lhes “participação plena” no processo. Da mesma maneira, a declaração reconhece a importância da participação dos jovens para a consecução do desenvolvimento sustentável, no princípio 21, e dos povos indígenas, no 22.

A guerra é considerada como incompatível com o desenvolvimento sustentável pelo princípio 24, ao passo que o compromisso com a resolução pacífica dos conflitos de natureza ambiental é positivado por meio do princípio 26.

Na seara econômica, também contemplada, inexoravelmente, por todos os princípios tratados anteriormente, faz-se mister destacar dois deles. Primeiramente, da dicção do princípio 8⁶⁴ emerge a imposição à revisão dos modelos de produção e consumo, para o fim de eliminar padrões que não sejam considerados sustentáveis.

Este ponto é nodal para o objeto do presente estudo, haja vista que positiva uma obrigação de não fazer bastante significativa e abrangente aos Estados, representada pelo vocábulo ‘eliminar’.

A dificuldade da interpretação do princípio, pois, reside exclusivamente em definir, sempre do ponto de vista jurídico, o que é e o que não é um padrão de produção e/ou consumo sustentável, o que se confunde com o objeto do presente capítulo, o qual busca desenhar, a partir da evolução normativa do conceito, seu conteúdo. Deixe-se, portanto, para a parte final desta construção o preenchimento da norma em branco e os comentários respectivos.

De qualquer sorte, faz-se mister salientar que a obrigação posta não permite faculdades aos Estados em tolerar (seja no plano internacional ou interno) a continuidade e a proliferação de padrões econômicos, de produção e consumo, que não atendam aos padrões da sustentabilidade. Impõe-se a obrigação de eliminá-los, deixando aos Estados a escolha das vias que entenderem adequadas (com observância das normas jurídicas internas e internacionais) para atender à obrigação.

No princípio 12⁶⁵, impõe-se uma obrigação de colaboração para tornar o sistema econômico internacional “propício ao crescimento

⁶⁴ Princípio 8 - Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas. (Ibid.)

⁶⁵ Princípio 12 - Os Estados devem cooperar na promoção de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de forma a possibilitar o

econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de forma a possibilitar o tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental”. Veja-se que o escopo do sistema econômico, pelo teor da norma, é ambivalente.

Ainda tratando deste dispositivo, ressalta-se a preocupação da norma em que a política comercial com fundamentos ambientais não se constitua “um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional”. Eis outro tópico da mais importância para o objeto do presente estudo.

A questão da jurisdição, relevantíssima, é posta ainda pelo mesmo dispositivo, que consagra a importância de cada Estado evitar ações unilaterais destinadas ao “tratamento dos desafios internacionais fora da jurisdição do país importador”.

Finalmente, faz-se necessário salientar que nos princípios 6 e 7 foi consagrado um cânone que não pode ser lido senão conjuntamente pela perspectiva social, ambiental e econômica: o de que os Estados possuem situações e necessidades distintas, e como tal devem ser desenhadas as ações internacionais no campo do desenvolvimento sustentável, o que implica no reconhecimento de responsabilidades comuns, mas diferenciadas.

Há se ressaltar, todavia, o reconhecimento da vulnerabilidade dos países em desenvolvimento em relação aos países desenvolvidos, de sorte que estes terão “prioridade especial”.

A indeterminação da locução, carente de objeto, seguramente, esvaziou-lhe a possibilidade de aplicação prática. Todavia, como será abordado na sequência, esta não foi empecilho pra que esta variante ganhasse forma e um âmbito de aplicação bastante objetiva e delimitada nos tratados internacionais na esfera ambiental e econômica⁶⁶.

tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental. As medidas de política comercial para fins ambientais não devem constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Devem ser evitadas ações unilaterais para o tratamento dos desafios internacionais fora da jurisdição do país importador. As medidas internacionais relativas a problemas ambientais transfronteiriços ou globais deve[m], na medida do possível, basear-se no consenso internacional. (ONU, 1992).

⁶⁶ Faz-se referência, aqui, ao regime preferencial de tarifas e às cotas de redução de emissão de gases do efeito estufa, respectivamente instituídas no regime do comércio internacional e das mudanças climáticas, objetos precípuos deste estudo.

Ante o exposto acerca do tratamento do desenvolvimento sustentável na declaração do Rio, é possível verificar, com clareza meridiana, que o documento, a partir de uma perspectiva integrada, construiu um ordenamento destinado a impor aos Estados a obrigação de agir a partir do referencial do desenvolvimento sustentável e por meio dos princípios positivados pela norma.

Observa-se, nesse particular, que o documento editado no Rio de Janeiro, ao positivar o desenvolvimento sustentável, não se ateu à fórmula adotada pelo Relatório Brundtland, mas buscou resgatar as origens da formulação do conceito, na tentativa de observar o aspecto material da norma geral.

Nesse sentido, identifica-se, na composição do desenvolvimento sustentável, a presença concomitante de diversas normas (aqui compreendidas no sentido lato do termo) que devem ser aplicadas em conjunto para dar vazão ao cânone informador da declaração.

Faz-se referência à soberania dos estados na exploração dos recursos naturais de seus territórios (princípio 2), a equidade, em seus elementos transgeracional e intergeracional, inclusive para a erradicação da pobreza (princípios 3 e 5), a cooperação entre os Estados (princípios 5, 7, 9, 12, 13, 14, 24 e 27), responsabilidades comuns mas diferenciadas (princípios 6 e 7), participação popular (princípio 10) e precaução (princípio 15).

Ante a ampla gama de princípios identificados, compartilha-se da posição de David Freestone (1994), segundo o qual, da declaração do Rio, “um sistema de direito internacional ambiental emergiu”, conferindo as bases estruturais para a edição de normas relacionadas tanto à proteção ambiental quanto à economia e aos direitos humanos.

Muito embora discordem da visão de Freestone, Birnie, Boyle e Redgewell (2009) afirmam categoricamente que a declaração do Rio constituiu o mais significativo documento endossado relativo a deveres e obrigações gerais dos Estados no que toca a matéria ambiental internacional, contendo tanto a positivação de normas de direito internacional costumeiro como princípios de direito internacional⁶⁷.

⁶⁷ “The Rio Declaration on Environment and Development, adopted by consensus at the UN Conference on Environment and Development in 1992, constitutes at the present the most significant universally endorsed statement of general rights and obligations of states affecting the environment. The Declaration is in part a restatement of existing customary law on transboundary matters, partly an endorsement of new or developing principles of law concerned with protection of the global environment, and partly a statement of

Dissecada a disciplina estruturante posta pela Declaração do Rio, passa-se à análise dos ulteriores tratamentos dados ao desenvolvimento sustentável pela Cúpula Mundial de Johannesburgo, em 2002, e pela Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável Rio + 20, realizada no ano de 2012.

2.2.2 Na Cúpula Mundial de Johannesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, de 2002

A Assembleia Geral da ONU encarregou a Cúpula Mundial de Johannesburgo de elaborar um balanço da implementação das medidas adotadas na Conferência do Rio pela comunidade internacional, bem como de “renovar o compromisso global com o desenvolvimento sustentável”. (UNITED NATIONS, 2000).

O encontro, como salienta Solange Teles da Silva (2009, p. 40), contou com a participação de 191 países, dos quais 107 foram representados pelos chefes de Estado ou de governo, além de 9.000 delegados governamentais, e teve por principal objetivo redefinir as medidas segundo as quais os documentos adotados na Conferência pretérita deveriam ser implementados.

O documento mais importante que resultou do aludido encontro foi a Declaração de Johannesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável, a qual, diferentemente daquela que a precedeu, não tratou de definir princípios por meio dos quais a comunidade internacional deve atuar, com caráter evidentemente normativo, mas se limitou a reconhecer os desafios a serem enfrentados e exortar os Estados a, efetivamente, pôr em prática medidas concretas para resolvê-los.

Consoante anota Nico Schrijver (2008a, p. 99), muito mais que a Conferência do Rio, Johannesburgo foi um encontro político do qual não resultou nenhum instrumento jurídico de relevância. Anota o mesmo autor, todavia, que a preocupação entre o direito e o desenvolvimento sustentável foi trabalhada paralelamente por grupos organizados e, destes encontros, resultaram documentos que auxiliam a compreensão do conteúdo do conceito⁶⁸ e, por essa razão, serão abordados convenientemente no tópico específico (3).

policies and ideals set out more fully in Agenda 21”. (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009. p. 112).

⁶⁸ “More still than Rio 1992, Johannesburg 2002 was mainly a political affair. However, various side events did pay attention to the role of law in the effort to achieve sustainable development, including the IUCN Draft Covenant on

2.2.3 Na Conferência Rio + 20, de 2012

Por meio da Resolução 64/236 da Assembleia Geral da ONU, foi convocada nova Cúpula Mundial para as seguintes finalidades: (a) assegurar renovado compromisso político para o desenvolvimento sustentável; (b) elaborar um documento político sobre a temática; (c) avaliar o cumprimento dos compromissos para o desenvolvimento sustentável fixados na Agenda 21 e no Plano de Implementação de Johannesburgo; (d) tratar da temática do desenvolvimento sustentável a partir da perspectiva de que este demanda a integração de elementos interdependentes e mutuamente complementares: o desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental.

A conferência tratou de dois temas principais, sendo o primeiro a economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza e o segundo a estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável. (SOBRE..., [2012?]).

Economia verde é, nas palavras de Supachai Panotchpakdi (2011), secretário-geral da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento,

[...] uma economia que resulta em um incremento do bem-estar humano e na redução das desigualdades, ao mesmo tempo em que não expõe as futuras gerações a significantes riscos ambientais e escassez ecológica. Objetiva benefícios sociais de longo prazo para atividades de curto prazo que visam mitigar riscos ambientais⁶⁹.

Environment and Development, The Earth Charter, and the ILA New Delhi Declaration. Furthermore, the Global Judges Forum stressed the role of the judiciary in sustainable development and advocated better training of and cooperation between judges in different countries” (SCHRIJVER, 2008a, p. 99).

⁶⁹ “The green economy is defined as an economy that results in improved human well-being and reduced inequalities, while not exposing future generations to significant environmental risks and ecological scarcities. It seeks to bring long-term societal benefits to short-term activities aimed at mitigating environmental risks. A green economy is an enabling component of the overarching goal of sustainable development. A green economy does not automatically imply higher levels of output and employment when compared with a “brown” (or traditional) economy. Rather, moving towards a green economy implies not only the mainstreaming of green niches in specific sectors of an economy but also a change in an economy’s overall social construct. The

Assim organizou-se, no Rio de Janeiro, aquele que ficou conhecido como o maior evento já realizado pelas Nações Unidas⁷⁰, a conferência Rio + 20. Contou com a presença de chefes de estado de cento e noventa países, que propuseram mudanças sobre os modos de utilização dos recursos naturais do planeta, bem como expuseram suas preocupações com questões sociais, tais qual a falta de moradia e a extrema pobreza.

Esperava-se mais resultados efetivos da Conferência, a qual, muito embora tenha tido a capacidade de congregar a sociedade civil para a assunção de compromissos concretos⁷¹, não culminou com a elaboração de um documento juridicamente vinculante aos Estados, mas sim de uma agenda de futuras negociações. Denominada “O Futuro que Queremos”, possui o status jurídico de *soft law* no campo do direito internacional⁷².

Pode-se afirmar que a conferência em questão, não só pelo tamanho que adquiriu como também pelo volume de participação popular *in loco* e pelas redes sociais, revelou que o aspecto social da discussão acerca do desenvolvimento sustentável está cada vez mais presente.

Revelou, ademais, que grande parte da sociedade compartilha da preocupação com o desenvolvimento sustentável, alvo este não mais objeto dos anseios de ambientalistas, como na Rio 92.

Do ponto de vista jurídico, não obstante as críticas, pode-se averiguar uma continuidade da evolução do desenvolvimento sustentável enquanto princípio.

sustainable development challenge for a green economy is to be able to produce more wealth, employment and better social services, coupled with a lower absolute use of natural resources and greater reliance on less carbon-intensive and renewable energy, without causing regional displacement due to uneven endowment of natural resources. There is important policy work to be done to ensure that paths to a greener economy are socially inclusive and contribute to equitable economic and social development.” (PANITCHPAKDI, 2011, p. 6).

⁷⁰ Informação dada pela porta-voz da conferência, Pragati Pascale, ao Jornal do Brasil. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/ambiental/noticias/2012/06/22/rio-20-e-o-maior-evento-ja-realizado-pela-onu-diz-porta-voz/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

⁷¹ A porta-voz da ONU adiantou que, ao longo do evento, foram feitos quase 700 compromissos voluntários “incluindo o assumido por várias entidades de investir US\$ 175 bilhões em transporte sustentável e mais de US\$ 50 bilhões no Programa Energia para Todos”. (RIO..., 2012).

⁷² Documento disponível em: <http://www.uncsd2012.org/thefuturewewant.html>

Com efeito, do texto do documento, extrai-se logo do item 1 do anexo o compromisso dos chefes de Estado em assegurar um futuro econômico, social e ambientalmente sustentável para as presentes e futuras gerações - mais uma vez utilizando-se da fórmula do Relatório Brundtland – como também a ciência de que é por meio da integração destes aspectos que a sustentabilidade será alcançada⁷³.

Importante para a presente análise notar que o texto, em diversas passagens, a exemplo do tópico 9 do item 1⁷⁴, trata dos objetivos do desenvolvimento sustentável, mas não do desenvolvimento sustentável como um objetivo. Dessa forma, percebe-se que o aludido termo passa por nova metamorfose, migrando para um *status* distinto e também indefinido. No tópico 12, por sua vez, trata da estrutura institucional para dar vazão ao desenvolvimento sustentável.

Há, ainda, no documento, a reafirmação dos princípios construídos na Declaração do Rio de 1992, bem como uma exortação aos Estados para que implementem, de fato, os compromissos assumidos em convenções internacionais voltadas à proteção do meio ambiente, como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e Convenção sobre a Diversidade Biológica, por exemplo.

Convém salientar que há uma consagração de três dimensões do desenvolvimento sustentável, a econômica, a social e a ambiental, o que

⁷³ “1. We, the Heads of State and Government and high-level representatives, having met at Rio de Janeiro, Brazil, from 20 to 22 June 2012, with the full participation of civil society, renew our commitment to sustainable development and to ensuring the promotion of an economically, socially and environmentally sustainable future for our planet and for present and future generations. [...] 3. We therefore acknowledge the need to further mainstream sustainable development at all levels, integrating economic, social and environmental aspects and recognizing their interlinkages, so as to achieve sustainable development in all its dimensions.” (ONU, 2012).

⁷⁴ “9. We reaffirm the importance of the Universal Declaration of Human Rights, as well as other international instruments relating to human rights and international law. We emphasize the responsibilities of all States, in conformity with the Charter, to respect, protect and promote human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, disability or other status.” (ONU, 2012).

se depreende tanto da sistemática do texto como isoladamente de seu item 36⁷⁵.

Enfim, para os fins do presente estudo, a Conferência Rio + 20, muito embora tenha representado, de uma forma sistêmica, um retrocesso no que tange à assunção de compromissos concretos por parte dos Estados, revela que o desenvolvimento sustentável não é apenas um objetivo a ser atingido pela comunidade internacional.

É, por outro aspecto, um elemento que conta com um arcabouço jurídico (convenções internacionais) e institucional (comitês, tanto no quadro institucional da ONU como de outras organizações, como a OMC, por exemplo) para sua implementação, de sorte que se mostra superficial a conclusão por subestimar a força vinculante de tal preceito na ordem internacional.

⁷⁵ “36. We recognize the serious constraints to achieving sustainable development in all its three dimensions in landlocked developing countries. In this regard, we reaffirm our commitment to address the special development needs and the challenges faced by landlocked developing countries through the full, timely and effective implementation of the Almaty Programme of Action, as contained in the declaration on the midterm review of the Almaty Programme of Action” (Ibid.).

2.2.4 Presença do desenvolvimento sustentável no Direito Internacional do Meio Ambiente⁷⁶

A partir da declaração do Rio de 1992, ou melhor, concomitantemente à adoção desta, inicia-se um movimento intenso de positivação do desenvolvimento sustentável (tal qual concebido pelo documento em apreço), enquanto elemento normativo, no campo do direito internacional dos tratados⁷⁷.

⁷⁶ Convém esclarecer, antes de adentrar a temática, que neste estudo adota-se a concepção de que o direito internacional do meio ambiente não é uma disciplina apartada do corpo do direito internacional, algo estanque e deste separada, embasada exclusivamente em perspectivas e princípios ambientais. Pelo contrário, entende-se que esta disciplina jurídica se integra ao ordenamento internacional, de modo que o direito ambiental do meio ambiente deve ser compreendido, pois, como a aplicação do direito internacional público e privado aos problemas ambientais, tal qual salientam com a propriedade que lhes credencia Boyle, Birnie e Redgewell (2009, p. 2): “it is unquestionably correct that international environmental law is part of international law as a whole, not some separate, self-contained discipline, and no serious lawyer would suggest otherwise. The problem with over-emphasising the role of general international law, however, is that ‘the traditional legal order of the environment is essentially a *laissez-faire* system oriented towards the unfettered freedom of states. Such limitations of freedom of action as do exist have emerged in an *ad hoc* fashion and have been formulated from perspectives other than the specifically environmental’. As environmental problems have risen in importance it has been necessary to develop a body of law more specifically aimed at protection of the environment. Moreover, international environmental law also includes relevant aspects of private international law, and in some instances has borrowed heavily from national law. A study of contemporary international environmental law thus requires us to consider this evolving body of specifically environmental law, as well as the application of general international law to environmental problems”

⁷⁷ Nico Schrijver (2008a, p. 104) destaca que o desenvolvimento sustentável, enquanto conceito jurídico, já se encontrava presente no campo do direito internacional mesmo antes da declaração do Rio, ainda que não possuísse a mesma textura adquirida em 1992. Assinala o autor que “the concept of sustainable development in sense of sustainable use of natural resources had already appeared in an early stage in various agreements. [...] It was only after the publication of the Brundtland report in 1987 that a general trend emerged for treaties to include specific references to the concept of sustainable development. However, it was still mainly the influence of the Rio conference that cause sustainable development to become legally grounded in numerous important treaties, both at global and regional levels. Nowadays, the concept of

Este processo tem início, primeiramente, na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, de 1992, da qual são signatários 165 Estados, sendo 195 partes contratantes. (UNITED NATIONS, 1992).

Esta, no item 4 de seu artigo 3, assegurou que as partes “têm o direito ao desenvolvimento sustentável e devem promovê-lo”⁷⁸. A sustentabilidade vem abarcada pelo texto da convenção em diversas outras passagens, das quais se destaca o preâmbulo e o artigo 2, notadamente por condicionarem o crescimento econômico à variante do desenvolvimento sustentável.

Em termos mais práticos, o protocolo de Quioto, de 1997, do qual são partes 191 Estados, sendo 84 signatários, anexo à convenção, impõe diversas obrigações aos Estados por meio de seu artigo 2º, todas destinadas à implantação e/ou aprimoramento de políticas públicas e à adoção de medidas visando “à promoção do desenvolvimento sustentável”⁷⁹.

sustainable development can be found in international instruments covering various issue-areas and is solidly embedded in treaty practice”.

⁷⁸ Artigo 3º Nas suas ações destinadas a alcançar o objetivo da Convenção e para aplicar as suas disposições, as Partes guiar-se-ão, *inter alia*, pelos princípios seguintes: [...] 4. As Partes têm o direito e devem promover o desenvolvimento sustentável. As políticas e as medidas para proteger o sistema climático contra as mudanças causadas pela atividade humana devem ser apropriadas às condições específicas de cada Parte e devem estar integradas nos programas nacionais de desenvolvimento, tendo em consideração que o desenvolvimento econômico é essencial para a adoção de medidas direcionadas com as mudanças climáticas. (UNITED NATIONS, 1992).

⁷⁹ Artigo 2. 1. Cada Parte incluída no Anexo I, ao cumprir seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões assumidos sob o Artigo 3, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, deve: (a) Implementar e/ou aprimorar políticas e medidas de acordo com suas circunstâncias nacionais, tais como: O aumento da eficiência energética em setores relevantes da economia nacional; A proteção e o aumento de sumidouros e reservatórios de gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal, levando em conta seus compromissos assumidos em acordos internacionais relevantes sobre o meio ambiente, a promoção de práticas sustentáveis de manejo florestal, florestamento e reflorestamento; A promoção de formas sustentáveis de agricultura à luz das considerações sobre a mudança do clima; A pesquisa, a promoção, o desenvolvimento e o aumento do uso de formas novas e renováveis de energia, de tecnologias de seqüestro de dióxido de carbono e de tecnologias ambientalmente seguras, que sejam avançadas e inovadoras; A redução gradual ou eliminação de imperfeições de mercado, de incentivos fiscais, de isenções

Para Christina Voigt (2009), a convenção trata de uma ampla gama de questões voltadas ao desenvolvimento sustentável, ao passo que o protocolo de Quioto fornece elementos mais concretos para a implementação das obrigações respectivas⁸⁰.

A Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica (193 partes e 168 signatários), também de 1992, é o outro documento produzido concomitantemente com a declaração do Rio e abarca, em diversas oportunidades, o compromisso dos Estados para a efetivação do desenvolvimento sustentável.

As primeiras referências constam do preâmbulo desta, por meio do qual são feitas menções à necessidade de utilização sustentável dos elementos da diversidade biológica. A Convenção consagra em seu artigo 2, como um de seus objetivos, assegurar a conservação e o uso sustentável dos componentes da diversidade biológica, o que, na perspectiva de Birnie, Boyle e Redgewell (2009), significa utilizá-los de uma maneira que não leve ao declínio da biodiversidade, de modo a assegurar o atendimento às necessidades das presentes e futuras gerações⁸¹.

A menção expressa ao desenvolvimento sustentável vem contemplada na alínea “e” do artigo 8, o qual estabelece o dever das partes contratantes de “promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio em áreas adjacentes às áreas protegidas a fim de reforçar a proteção dessas áreas”.

tributárias e tarifárias e de subsídios para todos os setores emissores de gases de efeito estufa que sejam contrários ao objetivo da Convenção e aplicação de instrumentos de mercado; O estímulo a reformas adequadas em setores relevantes, visando a promoção de políticas e medidas que limitem ou reduzam emissões de gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal; Medidas para limitar e/ou reduzir as emissões de gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal no setor de transportes; A limitação e/ou redução de emissões de metano por meio de sua recuperação e utilização no tratamento de resíduos, bem como na produção, no transporte e na distribuição de energia.

⁸⁰ “The convention comprises of an amalgamation of sustainability issues. [...] The Kyoto protocol gives stronger credentials to sustainable development”. (VOIGT, 2009, p. 93-94).

⁸¹ “This, it will be recalled, means using the components of biodiversity ‘in a way and at a rate that does not lead to the long-term decline of biological diversity’ and in so doing ‘meet the needs and aspirations of present and future generations’”. (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 621-622).

O protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, adotado em 2000 no seio da Convenção sobre Diversidade Biológica, já em seu preâmbulo, dispõe que “os acordos de comércio e meio ambiente devem se apoiar mutuamente com vistas a alcançar o desenvolvimento sustentável”.

Recentemente, em outubro de 2010, no seio da mesma convenção, foi firmado o Protocolo de Nagoya sobre o Acesso aos Recursos Genéticos e a Justa e Equânime Repartição dos Benefícios Advindos de sua Utilização, o qual conta com 92 países signatários, sendo apenas 4 partes até o momento. Observa-se, do texto do recente acordo, a menção expressa ao desenvolvimento sustentável em duas oportunidades de seu preâmbulo, embora tímidas.

Além desses dois sistemas de grande expressão, consoante registra Nico Schrijver (2008a), percebe-se a marcante presença do desenvolvimento sustentável nos instrumentos internacionais voltados à conservação dos recursos naturais, das espécies e à preservação dos habitats⁸².

Nesse sentido, verifica-se, ainda em 1992, que o texto da Convenção para a Conservação da Biodiversidade e a Proteção das Áreas Desérticas na América Central⁸³ faz expressa referência, em seu preâmbulo, à “relação existente entre a conservação e o desenvolvimento sustentável” e à necessidade de tomar medidas para garanti-lo. Todo o texto, em verdade é permeado pela perspectiva de que a conservação das bases naturais e o desenvolvimento econômico e social estão umbilicalmente coligados.

No campo da conservação da biodiversidade, merecem referência o acordo de Lusaka sobre Medidas de Cooperação para a Repressão do Comércio Ilegal da Flora e Fauna Selvagem, de 1994⁸⁴; o Acordo

⁸² “The concept of sustainable development and sustainable use of biodiversity have also become embedded in international instruments relating to the conservation of species and the preservation of habitats”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 104).

⁸³ A Convenção possui natureza de tratado internacional multilateral, do qual são partes Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá. Disponível em: <http://www.ecolex.org/ecolex/ledge/view/RecordDetails?id=TRE-001162&index=treaties>. Acesso em: 15 maio 2012. A Convenção possui natureza de tratado internacional multilateral, do qual são partes Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá.

⁸⁴ São partes do Tratado a República do Congo, Quênia, Liberia, Tanzânia, Uganda, Zâmbia e o Reino de Lesoto. Em seu preâmbulo, consigna que o acordo é destinado à proteção da diversidade biológica, a qual “é essencial para

Internacional sobre Madeiras Tropicais, de 1994, o qual reconheceu “a necessidade de promover e aplicar critérios e diretrizes apropriadas para o manejo, conservação e desenvolvimento sustentável de todos os tipos de florestas produtoras de madeira” e seu sucessor, de 2006, que condicionou o atingimento dos objetivos do incremento do comércio de madeira à “contribuição para o desenvolvimento sustentável e redução da pobreza”⁸⁵.

Finalmente, e sem a pretensão de exaurir os tratados que versam sobre a presença do desenvolvimento sustentável ou mesmo sobre o uso sustentável da biodiversidade, pode-se citar também o Tratado sobre a Conservação e Manejo Sustentável dos Ecossistemas Florestais da África Central, de 2005, que reforça a necessidade da utilização sustentável das florestas e sua conservação.

Ainda, na matéria relativa ao dano ambiental e seus impactos transfronteiriços, significativa é a Convenção de Espoo sobre a Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço, de 1991, adotada no seio da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa. (CONVENTION..., 1991).

A convenção, que prevê a necessidade de os Estados adotarem todas as medidas necessárias para evitar os impactos ambientais transfronteiriços de atividades desenvolvidas dentro de seus territórios, também impõe às partes a necessidade de adotar estudos de impacto ambiental que assegurem a ampla participação popular, tanto do Estado em que será desenvolvida a atividade potencialmente poluidora, bem como dos Estados possivelmente afetados por esta – em clara aplicação prática dos princípios 4, 10, 17 e 19 da declaração do Rio, de 1992.

No que tange o objeto específico do presente estudo, há se salientar que este instrumento normativo, também em seu preâmbulo, afirma a necessidade de assegurar um desenvolvimento sustentável e ambientalmente saudável⁸⁶.

o desenvolvimento sustentável da África”. Disponível em: <http://www.lusakaagreement.org/>. Acesso em: 15 maio 2012.

⁸⁵ Na condição de produtores, figuram 25 Estados em desenvolvimento, de 4 continentes, ao passo que no rol dos consumidores, constam 37, desenvolvidos e em desenvolvimento, dos 5 continentes. Disponível em: <http://www.itto.int/itta/>. Acesso em: 15 maio 2012.

⁸⁶ “The Parties to this Convention, aware of the interrelationship between economic activities and their environmental consequences; affirming the need to ensure environmentally sound and sustainable development”. (CONVENTION..., 1991).

O protocolo de Kiev à Convenção, de 2003, reafirma, no preâmbulo, o compromisso com a promoção do desenvolvimento sustentável⁸⁷ e salienta que este deve funcionar como um mecanismo de integrar, nas avaliações de impacto a serem realizadas, as preocupações com a conservação do meio ambiente e da saúde humana⁸⁸ (ONU, 2003).

Na esteira do que dispõe Schrijver (2008a), o conceito de desenvolvimento sustentável também pode ser notado em tratados que visam à preservação dos habitats, dada a sua importância para o patrimônio cultural e ambiental⁸⁹.

Dentro dessa categoria, destaca-se a Convenção Africana para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, de 2003, a qual, em seu artigo XIV, consignou o seguinte:

As partes devem assegurar que [...] b) na formulação de todos os planos de desenvolvimento, deve ser dada total consideração aos fatores ecológicos, econômicos, culturais e sociais⁹⁰.

⁸⁷ “Comprometendo-se a promover o desenvolvimento sustentável e baseando-se, consequentemente, nas conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, Brasil, 1992), nomeadamente nos princípios 4 e 10 da Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento e na Agenda 21, bem como nos resultados da Terceira Conferência Ministerial sobre Ambiente e Saúde (Londres, 1999) e da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Johanesburgo, África do Sul, 2002)”.

⁸⁸ “Artigo 1.º OBJECTIVO. O objectivo do presente protocolo é oferecer um nível elevado de protecção do ambiente, e da saúde, pelos seguintes meios: a) Garantindo que as considerações ambientais, e de saúde, sejam plenamente tidas em conta no desenvolvimento de planos e programas; b) Contribuindo para a tomada em consideração de preocupações de ambiente, e de saúde, na elaboração de políticas e de legislação; c) Criando procedimentos claros, transparentes e eficazes de avaliação ambiental estratégica; d) Prevendo a participação do público na avaliação ambiental estratégica; e e) Integrando desta forma as preocupações de ambiente, e de saúde, nas medidas e instrumentos destinados a promover o desenvolvimento sustentável. (ONU, 2003).

⁸⁹ “It is noteworthy that the concept of sustainable development appears also in treaties that aim at preservation of habitats because of their importance for cultural heritage, not merely because of their environmental importance.” (SCHRIJVER, 2008a, p. 110).

⁹⁰ “Article XIV. SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND NATURAL RESOURCES. 1. The Parties shall ensure that a) conservation and management

Ainda, Schrijver (2008a) cita dois acordos internacionais que merecem referência, quais sejam, a Convenção Europeia da Paisagem⁹¹, de 2000, e a Convenção-Quadro sobre a Proteção e o Desenvolvimento Sustentável dos Cárpatos, de 2003⁹². Esta última, no item primeiro de seu artigo segundo, alberga como objetivo e princípio geral o seguinte:

1. As partes devem buscar uma política compreensiva e cooperar para a promoção do desenvolvimento sustentável dos Cárpatos visando, *inter alia*, a um incremento da qualidade de vida, fortalecimento das economias locais e respectivas comunidades, e conservação dos valores naturais e do patrimônio cultural⁹³.

Percebe-se, por conseguinte, a preocupação não só com a integração do aspecto econômico e ambiental na busca do desenvolvimento sustentável, como também, e sobretudo, dos elementos sociais e culturais inerentes ao conceito.

Alterando a temática, mas não a disciplina do Direito Ambiental Internacional, passe-se à análise do tratamento que o desenvolvimento

of natural resources are treated as an integral part of national and/or local development plans; b) in the formulation of all development plans, full consideration is given to ecological, as well as to economic, cultural and social factors in order to promote sustainable development.” (AFRICAN UNION, 2003).

⁹¹ São partes os 27 membros da atual União Europeia. (CONSELHO DA EUROPA, 2000).

⁹² São partes da convenção a República Tcheca, Hungria, Polônia, Romênia, Eslováquia, Eslovênia e Ucrânia. (CARPATHIAN CONVENTION, 2003).

⁹³ “Article 2. General objectives and principles. 1. The Parties shall pursue a comprehensive policy and cooperate for the protection and sustainable development of the Carpathians with a view to *inter alia* improving quality of life, strengthening local economies and communities, and conservation of natural values and cultural heritage. 2. In order to achieve the objectives referred to in paragraph 1, the Parties shall take appropriate measures, in the areas covered by Articles 4 to 13 of this Convention by promoting: (a) the precaution and prevention principles, (b) the 'polluter pays' principle, (c) public participation and stakeholder involvement, (d) transboundary cooperation, (e) integrated planning and management of land and water resources, (f) a programmatic approach, and (g) the ecosystem approach. 3. To achieve the objectives set forth in this Convention and to ensure its implementation, the Parties may, as appropriate, develop and adopt Protocols.” (CARPATHIAN CONVENTION, 2003).

sustentável recebeu dos instrumentos normativos relativos ao direito do mar. Nesse particular, importante salientar que Birnie, Boyle e Redgwell (2009) reconhecem que a Agenda 21, como plano de ação da declaração do Rio, contribuiu positivamente para uma nova abordagem do regramento jurídico internacional relativo ao mar, de modo a demandar, inclusive, que alguns tratados e acordos fossem reescritos e revistos para contemplar a mudança de paradigma operada – de uma exploração puramente econômica dos recursos marinhos para outra, voltada à sustentabilidade⁹⁴.

Schrijver (2008a) registra que “o conceito do desenvolvimento sustentável apareceu relativamente cedo nos instrumentos internacionais

⁹⁴ “The 1982 UNCLOS is referred to in Agenda 21 of the 1992 Rio Conference Report as providing ‘the international basis upon which to pursue the protection and sustainable development of the marine and coastal environment and its resources’. Nevertheless, Chapter 17 of Agenda 21 introduces several new elements not found in UNCLOS, including an emphasis on integrated and precautionary approaches to protection of the marine and coastal environment. The focus is no longer principally on the control of sources of marine pollution, but more broadly on the prevention of environmental ‘degradation’ and the protection of ecosystems. For the first time protection of the exclusive economic zone is linked with sustainable development of coastal areas and sustainable use of marine living resources. Although Agenda 21 cannot amend the 1982 UNCLOS, and is not binding on states, it can be taken into account when interpreting or implementing the Convention and it has had the effect of legitimizing and encouraging legal developments based on these new perspectives. The impact of Agenda 21 thus illustrates how ‘a more conceptually sophisticated’ focus on protection of marine environment has evolved out of Part XII of UNCLOS. [...] How these developments have further changed the law can be seen in the rewriting of regional-seas agreements on the Mediterranean, the Baltic and the Northeast Atlantic, revision of the London Dumping Convention, extension of treaty schemes on liability for pollution damage, and the adoption at Washington in 1995 of a Declaration and Global Programme of Action on Protection of the Marine Environment from Land-Based Activities. A precautionary approach to the protection of the marine ecosystems and biological diversity is now addressed in many of these treaties and in various other ways, in particular through the Conventions on Biological Diversity and Climate Change, the 1995 Agreement on Straddling and Highly Migratory Fish Stocks (UN Nations Fish Stocks Agreement), the 2004 Ballast Water Convention, and the creation of specially protected areas by IMO and under regional-seas agreements.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 384-385).

relativos à proteção e conservação de áreas marinhas”⁹⁵. Já em 1989, antes mesmo da adoção dos princípios da declaração do Rio (mas depois de o conceito de desenvolvimento sustentável ter sido cunhado dentro do direito internacional), o Protocolo para a Conservação e Manejo das Áreas Marinhas e Costeiras Protegidas do Pacífico Sudeste⁹⁶, em seu artigo II, já considerava a necessidade de que “o manejo integrado deve ser estabelecido com base em estudos e nos inventários de seus recursos, visando assegurar seu desenvolvimento sustentável”.

Em 1990, o Protocolo relativo às Áreas e Vida Selvagem Especialmente Protegidas à Convenção para a Proteção e Desenvolvimento do Meio Ambiente Marinho da Região do Grande Caribe⁹⁷ faz expressa referência à necessidade de utilização sustentável dos recursos naturais em seu artigo 3, aduzindo, em seu preâmbulo, que “a proteção e manutenção do meio ambiente da região do grande Caribe é essencial para o desenvolvimento sustentável da região”.

A alínea “a” do item 1 do artigo 4 do Protocolo sobre a Conservação da Paisagem e da Biodiversidade do Mar Negro, de 2002, anexo à Convenção sobre a Proteção do Mar Negro, do mesmo ano⁹⁸, impõe às partes signatárias a obrigação de “proteger, preservar, incrementar e manejar em de modo ambientalmente sustentável áreas com particular valor paisagístico e de biodiversidade”.

Merece destaque especial o teto da Convenção para a Cooperação da Proteção e Desenvolvimento Sustentável do Meio Ambiente Marinho e Costeiro do Nordeste do Pacífico. Este instrumento internacional definiu como objetivo o de

estabelecer um sistema de cooperação regional para encorajar e facilitar o desenvolvimento sustentável dos recursos marinhos e costeiros dos países do nordeste do pacífico para o benefício das presentes e futuras gerações.

⁹⁵ “The concept of sustainable development appeared relatively soon in international instruments dealing with the protection and conservation of marine areas”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 111).

⁹⁶ Disponível em: <<http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/TRE/Multilateral/En/TRE001085.txt>>. Acesso em: 15 maio 2012.

⁹⁷ Disponível em: <<http://www.cep.unep.org/pubs/legislation/spaw.html>>. Acesso em: 15 maio 2012.

⁹⁸ Ambos disponíveis em: <<http://www.blacksea-comission.org>>. Acesso em: 15 maio 2012.

Segundo registra o professor Nico Schrijver (2008a, p. 113), “a convenção contém uma das mais elaboradas definições do desenvolvimento sustentável na alínea ‘a’ do item 1 de seu artigo 3”⁹⁹, disposição que possui a seguinte redação:

o processo de mudanças progressivas na qualidade de vida dos seres humanos os coloca como centro e sujeito primordial do desenvolvimento, por meio do crescimento econômico aliado à equidade social e à transformação dos métodos de produção e padrões de consumo, o qual é sustentado no equilíbrio ecológico e suporte vital da região. Este processo implica no respeito à diversidade étnica e cultural a nível regional, nacional e local, e na total participação do povo na convivência pacífica e harmoniosa com a natureza, sem prejuízo da garantia da qualidade de vida das futuras gerações¹⁰⁰.

No campo da pesca, não obstante tenha sido aquele onde o conceito de melhor rendimento do estoque, puramente econômico, tenha sido cunhado, também se observou a adoção do conceito de desenvolvimento sustentável logo em 1993, por meio do texto da Convenção do Atum Azul do Sul¹⁰¹, mais precisamente da alínea “b” do item 4 do artigo 8.

⁹⁹ “The Convention contains one of the most elaborate definitions of sustainable development, in Article 3 (1) (a)”.

¹⁰⁰ Destaca-se: “ARTICLE 3. Definitions. 1. For the purposes of this Convention:

(a) "Sustainable development" means the process of progressive change in the quality of life of human beings, which places it as the centre and primordial subject of development, by means of economic growth with social equity and the transformation of methods of production and consumption patterns, and which is sustained in the ecological balance and vital support of the region. This process implies respect for regional, national and local ethnic and cultural diversity, and the full participation of people in peaceful coexistence and in harmony with nature, without prejudice to and ensuring the quality of life of future generations;”. Disponível em: <<http://www.unep.ch/regionalseas/main/nep/nepconve.html>>. Acesso em: 15 maio 2012.

¹⁰¹ “4. In deciding upon allocations among the Parties under paragraph 3 above the Commission shall consider: [...] (b) the need for orderly and sustainable development of southern bluefin tuna fisheries;”. Disponível em:

Neste, obrigou-se a autoridade constituída a considerar, quando da definição do total que pudesse ser pescado por cada parte, “a necessidade de observar um método ordenado e voltado ao desenvolvimento sustentável da população de atum azul do sul”.

Contudo, foi o Acordo sobre os Estoques de Peixes, de 1995, adotado no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, o mais importante instrumento relativo à pesca a abraçar os elementos do desenvolvimento sustentável.

O acordo almeja “garantir a conservação a longo prazo e o aproveitamento sustentável das populações de peixes transnacionais e as populações de peixes altamente migratórios” e, ao estabelecer seus princípios, notadamente nas alíneas “b” e “c” do artigo 5, contemplam a obrigação de as partes adotarem medidas para manter e restaurar os estoques a níveis capazes de produzir o maior rendimento sustentável, que deve ser qualificado por fatores econômicos e ambientais.¹⁰²

Destaca-se a adoção dos parâmetros do conceito de desenvolvimento sustentável cunhado pela Rio-92, no campo do direito internacional da pesca, ainda, pela Convenção de Honolulu, de 2000; a Convenção da Organização das Pescarias do Atlântico Sudeste (SEAFO), de 2001; o Acordo das Galápagos, de 2000; a Convenção sobre a Comissão Interamericana do Atum Tropical, de 2003; e a Convenção do Mar Cáspio, em 2005.

Todos estes instrumentos, ressalte-se, debruçam-se especificamente sobre a necessidade de conciliar interesses econômicos

<<http://www.dipublico.com.ar/english/convention-for-the-conservation-of-southern-bluefin-tuna/>>. Acesso em: 15 maio 2012.

¹⁰² “Artículo 5. Principios generales. A fin de conservar y ordenar las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, los Estados ribereños y los Estados que pescan en alta mar, deberán, al dar cumplimiento a su deber de cooperar de conformidad con la Convención: [...] b) Asegurarse de que dichas medidas estén basadas en los datos científicos más fidedignos de que se disponga y que tengan por finalidad preservar o restablecer las poblaciones a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, incluidas las necesidades especiales de los Estados en desarrollo, y teniendo en cuenta las modalidades de la pesca, la interdependencia de las poblaciones y cualesquiera otros estándares mínimos internacionales generalmente recomendados, sean éstos subregionales, regionales o mundiales; c) Aplicar el criterio de precaución de conformidad con el artículo 6; [...]”. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/274/70/PDF/N9527470.pdf?OpenElement>>. Acesso em 15 maio 2012.

e ambientais na pesca, olvidando-se em certa medida dos aspectos sociais do desenvolvimento sustentável. Todavia, entende-se, com espreque no escólio de Nico Schrijver, Alan Boyle, Patricia Birnie e Catherine Redgewell, que o fato de incorporarem as preocupações com a conservação das espécies e do meio ambiente correlato como um fim em si mesmo já representou o acolhimento do novo paradigma trazido pela conferência do Rio, o desenvolvimento sustentável.

Merecem destaque também, as convenções internacionais que buscam prevenir a prevenção do meio ambiente marinho e atmosférico. No primeiro segmento, a Convenção para a Proteção do Meio Ambiente Marinho do Atlântico Norte, de 1992 (OSPAR CONVENTION, 1992), embora não cite expressamente o desenvolvimento sustentável, acolhe a fórmula Brundtland, ao reconhecer, em seu preâmbulo, o seguinte:

Reconhecendo que a ação concertada em nível nacional, regional e global é essencial para prevenir e eliminar a poluição marinha e para atingir a utilização sustentável da área marítima, que significa o manejo das atividades humanas de tal maneira que o ecossistema marinho continue a sustentar o legítimo uso dos mares e continue a atender as necessidades das gerações presentes e futuras.

Trata-se, como se depreende, de mais um caso em que o desenvolvimento sustentável é considerado como baliza para a ação dos Estados. Merece referência, ainda neste segmento, a alteração de 1995 à Convenção para a Proteção do Mar Mediterrâneo contra a Poluição (Convenção de Barcelona, 1976), que alterou o texto original para abarcar a fórmula do relatório de 1987 e reconhecer a “responsabilidade em preservar e desenvolver de maneira sustentável este patrimônio comum para o benefício e gozo das presentes e futuras gerações”.

Ainda sobre a proteção do meio ambiente marinho, contendo referências indiretas à significância do desenvolvimento sustentável, destaca-se a Convenção Regional do Kwait para Cooperação sobre Proteção do Meio Ambiente Marinho da Poluição (Kuwait, 1978); Convenção para Cooperação sobre Proteção e Desenvolvimento do Meio Ambiente Marinho e Costeiro da Região Oeste e Central Africana (Abidjan, 1981); Convenção sobre Proteção do Meio Ambiente Marinho e Costeiro da Área do Sudeste do Pacífico (Lima, 1981); Convenção Regional sobre Proteção do Meio Ambiente do Mar Vermelho e Golfo de Aden (Jeddah, 1982); Convenção sobre Proteção e Desenvolvimento

do Meio Ambiente Marinho da Região do Largo Caribe (Cartagena, 1983); Convenção para Proteção, Gerenciamento e Desenvolvimento do Meio Ambiente Marinho e Costeiro da Região Oriental da África (Nairobi, 1985); e Convenção de Proteção de Recursos Naturais e Meio Ambiente da Região do Pacífico Sul (Noumea, 1986).

Consoante salienta Rodrigo Fernandes More (1998):

Todas estas Convenções, à exceção de Nairobi, estão em vigor entre mais de 120 Estados, podendo todas ser classificadas como “convenções quadro”, pois podem ser suplementadas por protocolos contendo provisões para a concreta realização das medidas e objetivos colimados pelas partes contratantes.

Revela-se, portanto, a presença de uma ampla gama de Estados que concordam em direcionar suas ações no âmbito do combate à poluição marinha às determinações do desenvolvimento sustentável.

Ainda no campo da poluição, mas atmosférica, merece destaque o Protocolo para a Redução das Emissões de Enxofre (1994)¹⁰³ à Convenção sobre a Poluição Transfronteiriça de Longo Alcance, o qual consignou a “necessidade de assegurar um desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio”, e o Acordo ASEAN sobre a Poluição Transfronteiriça pela Fumaça¹⁰⁴, de 2002, o qual impôs a necessidade de que seu objetivo – redução das emissões de fumaça por queimadas – “deveria ser perseguido no contexto geral do desenvolvimento sustentável”.

No campo do direito internacional da energia, são dignas de referência as disposições da Carta da Energia, que institui, em 1994, um complexo sistema internacional regulatório do setor, por meio do qual os Estados signatários se comprometeram, no item 1 do artigo 19, a “minimizar impactos ambientais de uma maneira economicamente eficiente” para a finalidade de “atingir o desenvolvimento levando em consideração as obrigações assumidas nos tratados internacionais relativos ao meio ambiente”. Destaque, ainda, para a inclusão do

¹⁰³ Disponível em <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/lrtap/full%20text/1994.Sulphur.e.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2012.

¹⁰⁴ Disponível em <http://www.aseansec.org/pdf/agr_haze.pdf>. Acesso em: 17 maio 2012.

princípio do poluidor-pagador dentro da sistemática da carta, por meio do mesmo dispositivo¹⁰⁵.

Schrijver (2008a) aponta que o Protocolo sobre Eficiência Energética, anexo à Carta, é ainda mais claro e claramente coloca como objetivo a promoção de políticas de eficiência energética destinadas ao desenvolvimento sustentável¹⁰⁶.

Nas normas internacionais relativas aos cursos d'água, o desenvolvimento sustentável pode ser identificado claramente na Convenção de Helsinque sobre a Proteção e o Uso dos Cursos D'água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, de 1992, e em seu Protocolo sobre Água e Saúde, de 1999, o qual fez expressa referência à necessidade de incremento dos mecanismos de manejo da água como meio para atingir o desenvolvimento sustentável. Também se verifica a presença do conceito na Convenção das Nações Unidas sobre o Uso Não-Navegacional dos Cursos de Água Internacionais, de 1997.

No plano regional, destaque para a Convenção sobre o Rio Danúbio, de 1994, a qual, no item 1 de seu artigo 2, determinou às partes que “reforcem, harmonizem e coordenem medidas voltadas ao atingimento do desenvolvimento sustentável e proteção ambiental do rio Danúbio”. Também é digno de nota o Acordo sobre a Bacia do Rio Mekong, de 1995, em cujo artigo 1 as partes decidiram “cooperar em todos os campos do desenvolvimento sustentável” e a convenção do Reno, de 1999, a qual alçou o desenvolvimento sustentável como

¹⁰⁵ “ARTICLE 19. ENVIRONMENTAL ASPECTS. (1) In pursuit of sustainable development and taking into account its obligations under those international agreements concerning the environment to which it is party, each Contracting Party shall strive to minimize in an economically efficient manner harmful Environmental Impacts occurring either within or outside its Area from all operations within the Energy Cycle in its Area, taking proper account of safety. In doing so each Contracting Party shall act in a Cost-Effective manner. In its policies and actions each Contracting Party shall strive to take precautionary measures to prevent or minimize environmental degradation. The Contracting Parties agree that the polluter in the Areas of Contracting Parties, should, in principle, bear the cost of pollution, including transboundary pollution, with due regard to the public interest and without distorting Investment in the Energy Cycle or international trade. (...)”. Disponível em: <www.encharter.org>. Acesso em: 15 maio 2012.

¹⁰⁶ “The protocol on Energy Efficiency annexed to the Charter was even more pronounced, as it clearly set as its objective ‘the promotion of energy efficiency policies consistent with sustainable development’ (SCHRIJVER, 2008a, p. 127).

princípio norteador das ações das partes, por meio do artigo 4 e cujo objetivo era “perseguir o desenvolvimento sustentável no ecossistema do Reno” – item 1 do artigo 3.

Em que pese o intento de esgotar todas as mais variadas vertentes do direito internacional do meio ambiente, este não é o objeto do presente estudo, mas sim um meio utilizado para analisar a presença do desenvolvimento sustentável neste campo do direito internacional positivo.

Por esta razão, exclusivamente, deixa-se de fazer menção expressa sobre a presença do desenvolvimento sustentável em outros segmentos, como a poluição transfronteiriça, o transporte de substâncias tóxicas e espaço aéreo, por exemplo, eis que tais temáticas refogem ao objeto do presente estudo¹⁰⁷.

De qualquer sorte, pode-se observar, dentre os diversos campos do direito internacional do meio ambiente tratados neste breve tópico, que houve uma intensa posituação do desenvolvimento sustentável nos anos que se seguiram à convenção do Rio, de 1992.

A pluralidade não foi só no aspecto quantitativo, vale dizer, no elevado número de tratados que regulam as mais variadas matérias, mas também no quesito qualitativo, eis que variável a maneira pela qual o conceito foi inserido e o modo como pode ser operado – ora como princípio para a ação dos Estados, ora como mecanismo de interpretação das demais normas dos tratados.

O que resta cristalino da análise feita é que o desenvolvimento sustentável foi amplamente acolhido pela comunidade internacional na seara do direito internacional do meio ambiente, o que se denota do fato de estar presente desde convenções, acordos e tratados com abrangência praticamente global, até aqueles firmados por países das mais diversas regiões do globo.

Passa-se, na sequência, a analisar se o fenômeno observado na seara ambiental perpassa esta vertente do direito internacional e encontra ressonância também no direito internacional da economia e comércio.

¹⁰⁷ Para uma leitura bastante aprofundada sobre a presença do desenvolvimento sustentável nos mais variados ramos do direito internacional do meio ambiente, recomenda-se SCHRIJVER (2008a).

2.2.5 Presença do desenvolvimento sustentável no Direito Internacional da Economia

Concebendo-se o direito internacional da economia como o conjunto de normas de direito internacional público que estão diretamente ligadas aos intercâmbios (trocas envolvendo ativos econômicos) ocorrentes na esfera internacional, regras estas incidentes tanto na relação entre Estados quanto naquelas entre estes e organizações internacionais e/ou indivíduos¹⁰⁸, pode-se perceber que se está a abranger ampla gama de instrumentos normativos, desde aqueles voltados à regulação do sistema de comércio internacional (GATT/OMC), como os blocos econômicos de integração regional, além de organizações internacionais, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, para nomear apenas os mais relevantes.

¹⁰⁸ O conceito de direito internacional econômico adotado no presente estudo parte da concepção de que a disciplina é parte integrante do direito internacional público, de modo que ao mesmo tempo em que sofre influxos das demais disciplinas deste universo jurídico, também influencia a edição daquelas, sua interpretação e aplicação. Há, pois, assim como para o direito internacional do meio ambiente, uma interrelação entre as normas de direito internacional da economia os demais campos do direito internacional público. Esta concepção é embasada no pensamento de Ignaz Seidl-Hohenveldern, para quem o direito internacional econômico “in its widest meaning this notion refers to those rules of public international law which directly concern economic exchanges between the subjects of international law. Seen from this angle, international economic law thus covers only a part, albeit an important one, of the discipline of public international law as a whole. This statement will be unwelcome to those who maintain that international economic law is or should be a discipline of its own, separate from public international law. Such a claim may be useful as a plea to increase the number of academic posts in the field of international law, yet, in our opinion, international economic law is so closely embedded in the discipline of public international law that the latter would be crippled by such a separation. Peaceful relations between subjects of international law are, after all, to a very large extent directly concerned with the economic changes [...] We intend to follow the more modern doctrine which extends the categories of subjects of international law so as to include individuals, and which takes into account the possibility of other sources of international law than those enumerated in Article 38 paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) or, at least, the necessity of re-interpreting these sources. Consideration of these two factors may pave the way for the admission of a new body of rules into international economic law, the so-called ‘*lex mercatoria*’.” (SEIDL-HOHENVELDERN, 1986, p. 21-23).

Nessa senda, e adentrando à análise a que se propõe o presente tópico, e, tal qual no anterior, adotando-se por marco histórico a declaração do Rio de Janeiro, de 1992, verifica-se, já em 1994, que o desenvolvimento sustentável foi positivado no preâmbulo do Tratado de Marraqueche, constitutivo da Organização Mundial do Comércio¹⁰⁹, o seguinte:

Reconhecendo que as suas relações na esfera da atividade comercial e econômica devem objetivar a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e de serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico.

Percebe-se, do texto adotado, a mudança de paradigma operada no campo do direito do comércio internacional. Isso por que, como anota Nico Schrijver (2008a), a frase ‘utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável’ veio para substituir o objetivo do GATT, seu antecessor, o qual consistia em ‘desenvolver o uso completo dos recursos do mundo’¹¹⁰.

Não havia, como se percebe da simples comparação entre as duas redações, qualquer elemento que moldasse o objetivo da utilização completa dos recursos naturais do planeta. Criou-se, pois, mais que um norte interpretativo, um elemento-guia para as ações da Organização Mundial do Comércio.

¹⁰⁹ A Organização Mundial do Comércio, até 10 de maio de 2012, contava com 155 membros. Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm>. Acesso em 16 maio 2012.

¹¹⁰ “The frase ‘optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development’ came to replace the former GATT objective of ‘developing the full use of the resources of the world.’” (SCHRIJVER, 2008a, p. 127).

Essa perspectiva é endossada pelo Diretor Geral da OMC, Pascal Lamy, para quem a positivação do desenvolvimento sustentável no preâmbulo do tratado implicou na imposição de um objetivo formal para a organização, o que não existia no acordo predecessor (GATT). Segundo ele, tanto as políticas para a liberação comercial quanto para o desenvolvimento sustentável devem ser consistentes e apoiarem-se mutuamente¹¹¹.

Interessante observar que não há menção exclusiva à necessidade de integração entre a liberalização do comércio e a proteção ambiental, mas também uma preocupação com os aspectos sociais, vale dizer, com a qualidade de vida e o pleno emprego, revelando ainda mais que o conceito cunhado no Rio de Janeiro foi, efetivamente, abraçado pelo texto.

Quando da reunião ministerial que deu início às negociações da rodada de Doha, em 2001, os ministros do comércio dos países membros reforçaram o compromisso, expresso na visão de que defender e salvaguardar um sistema multilateral do comércio aberto e não-discriminatório e agir com vistas à proteção do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável podem e devem ser medidas complementares. (LAMY, 2005, p. x)

Como exposto nos tópicos específicos (2.1 e 2.2), as cúpulas mundiais do Rio de Janeiro, de 1992, e de Johannesburgo, de 2002, estabeleceram planos de ação para atingir objetivos voltados à promoção do desenvolvimento sustentável – como erradicação da pobreza, da fome, aumento da educação, saúde, etc.

A fim de dar vazão a estes compromissos, foi realizada também em 2002 a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento das Finanças, a qual se destinou a definir como financiar os objetivos do Milênio¹¹². Diversos assuntos relacionados à economia foram

¹¹¹ “(...) an additional responsibility assigned to the WTO compared with its predecessor, the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), is to provide for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development. In other words, the achievement of sustainable development is a formal goal of the WTO. (...) Overlap does seem inevitable, but I do not see any need for collision. I am firmly of the view that policies bearing on both trade and sustainable development can – and indeed must – be consistent and mutually supportive”. (LAMY, 2005, p. viii-ix).

¹¹² Os objetivos do Milênio foram definidos por meio da Declaração do Milênio, adotada pela resolução da ONU A/RES/55/2, da qual fizeram parte 189 Estados. Nesta, foram estabelecidos 8 objetivos para o milênio que se iniciava, são eles: a) acabar com a fome e a miséria; b) educação básica de qualidade para todos;

discutidos, mas, a importância da Conferência de Monterrey, consoante registra Nico Schrijver (2008a), foi principalmente a reafirmação política da necessidade de colaboração de todos para o desenvolvimento sustentável, bem como o compromisso dos países desenvolvidos em destinar 0.7% de seu Produto Interno Bruto para financiar políticas dos países em desenvolvimento, voltadas ao atendimento dos objetivos do milênio¹¹³.

Ingressando na seara da integração econômica regional, pode-se vislumbrar sem dificuldades a adoção do conceito de desenvolvimento sustentável enquanto princípio de ação e objetivo a ser alcançado por diversos blocos regionais.

Na África, destaque para o Tratado da Comunidade para o Desenvolvimento do Sul da África¹¹⁴, de 1992, o qual coloca o desenvolvimento sustentável como objetivo a ser alcançado pela organização, bem como seus protocolos sobre biodiversidade, cursos d'água regionais e pesca.

Ainda no continente africano, vale ressaltar que o Tratado que estabelece o Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA)¹¹⁵, de 1993, inclui como objetivo principal o de “obter o crescimento sustentável e o desenvolvimento dos Estados-Membros”.

No mesmo sentido e, inclusive, com a mesma redação, dispõe o preâmbulo do Tratado estabelecendo a Comunidade da África Oriental,

c) igualdade entre sexos e valorização da mulher; d) redução da mortalidade infantil; e) melhorar a saúde das gestantes; 6) combater a AIDS, a malária e outras doenças; 7) qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; 8) colaboração de todos para a promoção do desenvolvimento.

¹¹³ “The importance of the Monterrey Conference on Development Finance was principally in the political reconfirmation of the common responsibility to achieve sustainable development and the reconfirmation that 0.7 per cento of the GDP as ODA norm is an essential part of this goal”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 93).

¹¹⁴ Fazem parte da comunidade os Estados de Angola, Botswana, República do Congo, Reino de Lesoto, Malawi, Ilhas Maurício, Moçambique, Namíbia, Ilhas Seychelles, África do Sul, Suazilândia, Tanzânia, Zâmbia e Zimbábue. Disponível em: <<http://www.sadc.int/english/key-documents/declaration-and-treaty-of-sadc/#preamble>>. Acesso em: 16 maio 2012.

¹¹⁵ Integram a aludida organização 19 nações do continente: Burundi, Comores, Djibouti, Egito, Eritreia, Etiópia, Quênia, Líbia, Seychelles, Suazilândia, Madagascar, Malawi, Ilhas Maurício, Ruanda, Sudão, Uganda, Zâmbia e Zimbábue. Disponível em: <<http://www.comesa.int/>>. Acesso em: 16 maio 2012.

de 1999. Este, ainda, em seu artigo 111 (1), reconhecendo que as atividades relacionadas ao desenvolvimento econômico podem ter impactos negativos sobre o meio ambiente, obrigou os Estados a evitá-las, tendo em vista que “um ambiente limpo e saudável é pré-requisito para o desenvolvimento sustentável”¹¹⁶.

O Ato Constitutivo da União Africana, de 2000, proclamou que um dos objetivos da organização é o de “promover o desenvolvimento sustentável no nível econômico, social e cultural, bem como a integração das economias africanas”¹¹⁷.

Migrando da África para a América Central, a versão revisada do Tratado estabelecendo a Comunidade e Mercado Comum do Caribe, de 2001¹¹⁸, positivou o conceito de desenvolvimento sustentável de uma maneira geral, ao tratar de diversas temáticas, como política industrial, turismo e agricultura.

Para fins de registro, destaca-se a recepção do conceito como princípio de atuação do Conselho para o Comércio e o Desenvolvimento Econômico, o qual possui por função institucional a de “promover e desenvolver políticas para a proteção e preservação do meio ambiente e para o desenvolvimento sustentável” (art. 15 (2) (*h*)).

Ainda no continente americano, setentrional, todavia, o Acordo sobre Livre Comércio na América do Norte, de 1992, abarca, em seu preâmbulo, o objetivo firme de “promover o desenvolvimento sustentável”¹¹⁹.

Muito embora no corpo do texto não haja muitas menções ao conceito, registra Nico Schrijver (2008a, p. 127) que estas acabaram sendo feitas em outro documento, o Acordo Norte-Americano sobre

¹¹⁶ Integram a aludida organização 19 nações do continente: Burundi, Quênia, Ruanda, Uganda e Tanzânia. Disponível em: <<http://www.eac.int/>>. Acesso em: 16 maio 2012.

¹¹⁷ Integram a organização as 54 economias mais proeminentes da África. “article 3. Objectives. The objectives of the Union shall be: [...] (j) promote sustainable development at the economic, social and cultural levels as well as the integration of African economies”. Disponível em: <http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct_EN.pdf>. Acesso em: 16 maio 2012.

¹¹⁸ Fazem parte da comunidade: Antiga e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Haiti, Jamaica, Montserrat, Sr. Kitts & Nevis, St. Vincent & The Grenadines, Suriname, Trinidad & Tobago. Disponível em: <<http://www.caricomlaw.org>>. Acesso em: 16 maio 2012.

¹¹⁹ Disponível em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?conID=590>>. Acesso em: 16 maio 2012.

Cooperação Ambiental¹²⁰, de 1993, o qual destaca, na alínea “b” do artigo 1, como seu objetivo principal “promover o desenvolvimento sustentável baseado na cooperação e integração das políticas ambientais e econômicas.

Interessante notar que, especialmente na América do Norte foi celebrado um tratado à parte para regular as matérias de cooperação na seara ambiental, o qual é denominado pelos próprios governos como “o lado ambiental do NAFTA”¹²¹.

Por sua vez, na América do Sul - embora tímido, talvez porque editado antes mesmo da declaração do Rio - o Tratado de Assunção de 1991¹²², que institui o Mercado Comum do Sul (MERCOSUR), em seu preâmbulo, também adota o conceito de desenvolvimento sustentável como um objetivo a ser alcançado pelo bloco, ao consignar tanto o aspecto social quanto o econômico e ambiental, veja-se:

Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para

¹²⁰ Disponível em: <<http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=567>>. Acesso em: 16 maio 2012. Quanto às anotações de Nico Schrijver (2008a, p. 127), o trecho original possui a seguinte redação: “With regard to regional integration on the North American Continent, the 1992 North American Free Trade Agreement (NAFTA), did not contain many references to the concept of sustainable development, despite the firm resolution in its preamble to “promote sustainable development”. On the other hand, the 1993 North American Agreement on Environmental Co-operation – often seen as the environmental counterpart to NAFTA – reaffirmed in its preamble the conviction of the contracting parties ‘of the importance of the conservation, protection and enhancement of the environment in their territories and the essential role of cooperation in these areas in achieving sustainable development for the well-being of present and future generations”.

¹²¹ Ver, a título exemplificativo, o website do governo canadense sobre o tratado, no qual consta “the North American Agreement on Environmental Cooperation (NAAEC) is the environmental side agreement to the NAFTA. The NAAEC was signed by Canada, Mexico and the United States and came into force January 1, 1994. The Agreement creates a framework to better conserve, protect and enhance the North American environment through cooperation and effective enforcement of environmental laws”. Disponível em: <http://www.naaec.gc.ca/eng/index_e.htm>. Acesso em: 16 maio 2012.

¹²² Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>>. Acesso em: 16 maio 2012.

acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social; Entendendo que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio; [...]

Nas Américas, portanto, assim como na África, sem qualquer exceção, todos os acordos regionais que instituíram blocos econômicos adotaram o conceito de desenvolvimento sustentável como um objetivo que guia a atuação das organizações constituídas, notadamente a edição de normas internas que vinculam os Estados respectivos.

Na Ásia a realidade também não é distinta, consoante se pode verificar sem dificuldade da Carta da Associação das Nações da Ásia Oriental, de 2007¹²³. Com efeito, já no preâmbulo as partes “resolvem assegurar o desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações” e, mais adiante, no item 9 de seu artigo 1, as partes afirmam que o propósito do bloco é:

[...] promover o desenvolvimento sustentável assim como assegurar a proteção do meio ambiente da região, a sustentabilidade de seus recursos naturais, a preservação de seu patrimônio cultural e a alta qualidade de vida da população¹²⁴.

O bloco econômico que engloba países da Ásia, e também da Oceania, é a APEC – Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico¹²⁵, a

¹²³ Fazem parte da ASEAN: Brunei Darussalam, Camboja, Indonésia, Laos, Malásia, Myanmar, Filipinas, Cingapura, Tailândia e Vietnam. Disponível em: <<http://www.aseansec.org/21069.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2012.

¹²⁴ “ARTICLE 1. PURPOSES. The Purposes of ASEAN are: [...]9. To promote sustainable development so as to ensure the protection of the region’s environment, the sustainability of its natural resources, the preservation of its cultural heritage and the high quality of life of its peoples;”.

¹²⁵ A APEC ainda não é uma área de livre comércio, o que é um objetivo a ser atingido até 2020. Por ora, trata-se de um fórum para a celebração de acordos multilaterais. Atualmente, conta com 21 membros, que são: Austrália; Brunei;

qual forma um fórum para a negociação de acordos multilaterais e alinhamento de política econômica.

Mesmo assim, verifica-se da atuação coordenada dos países que o integram, consoante salientam Lyuba Zarsky e Jason Hunter (1997, p. 235), que desde sua fundação a APEC tem se preocupado com a temática ambiental, todavia, a partir de 1993, com o lançamento do “diálogo sobre o desenvolvimento sustentável”, a integração entre meio ambiente e comércio aumentou exponencialmente¹²⁶.

Os autores destacam, ainda, a edição, em 1996, de uma Declaração sobre Visão Ambiental e a adoção de um Quadro de Princípios voltados à integração entre Economia e Meio Ambiente, por meio da qual se incentivou a pesquisa e a cooperação ambiental para o fim de promoção da sustentabilidade, notadamente em três eixos: cidades sustentáveis, produção de tecnologia limpa e sustentabilidade do meio ambiente marinho¹²⁷.

Canadá; Chile; China; Indonésia; Japão; Coreia do Sul; Malásia; México; Nova Zelândia; Papua-Nova Guiné; Peru; Filipinas; Rússia; Singapura; Taiwan; Tailândia; Estados Unidos da América; Vietnam.

¹²⁶ “Environmental issues have been discussed at APEC virtually since its inception. At the founding conference in 1989, Ministers agreed to scope, at a national level, issues related to energy, fisheries and marine pollution. In 1991, the Seoul Declaration defined the scope of APEC and included equity and sustainable growth. But it was in 1993, with the launching of the "Sustainable Development Dialogue" by APEC heads of state, that environmental issues moved unmistakably onto APEC's radar screen. Since 1993, the momentum on environmental issues has increased exponentially.” (ZARSKY; HUNTER, 1997, p. 235).

¹²⁷ “At the first Leaders Meeting in Blake Island in 1993, Prime Minister Chretien of Canada promised to "green" APEC and called for Canada to host APEC's first Environment Ministerial. Philippine President Ramos strongly supported Chretien and called for a conference on creative financing for sustainable development. The Environment Ministerial was held the following March in Vancouver and produced an *Environmental Vision Statement and a Framework of Principles for Integrating Economy and Environment*. Following the spirit of the Rio Declaration, the Vision Statement and Framework of Principles firmly established the goal of APEC environmental diplomacy to be the pursuit of sustainable development. "We are committed to develop policies that are sound economically and environmentally," the Vision proclaims. "We will all work together with our APEC Ministers to promote sustainable development, trade and investment in the region, through a vision for APEC that encourages members to integrate environmental considerations into their policy...”. In the spirit of economy-environment integration, the Vision

Percebe-se que o continente asiático e a Oceania seguiram a mesma tendência do americano e do africano e adotaram o conceito de

Statement calls on APEC senior officials to "develop a strategic approach, based on sustainable development principles, for environment considerations to be fully integrated into the program of each APEC working group and policy committee." [...] To help implement the Vision, the Ministers generated a Framework of nine Principles. Besides the fundamental principle of sustainable development, the Principles included inter alia cost internalisation, technology transfer, the precautionary approach, and the principle that APEC should make the best use of existing fora and institutions. It also generated a 'Trade and Environment' principle which stated that 'member economies should support multilateral efforts to make trade and environment policies mutually supportive'. [...] In addition to moving towards cross-cutting issues, environmental cooperation has begun to evolve from promoting national environmental objectives to defining regional priorities and developing a regional work program. In July, 1996, the Philippines government hosted a second Ministerial meeting on environmental issues. Called the "Sustainable Development Ministerial," the gathering produced an "Action Programme" on three priority areas: Sustainable Cities, put forward and supported especially by Canada, Japan and the Philippines; Clean Production/Clean Technology, put forward by the United States and Chinese Taipei; Sustainability of the Marine Environment, put forward by the United States. In keeping with APEC's larger style, the Action Programme is to be implemented according to particular guidelines, including promoting public-private partnerships, the need to define APEC's particular "value-added," and the need to recognize diverse stages of economic development among APEC economies. One of the important issues discussed at the Ministerial was the problem of "cross-cutting mechanisms." While the "spreading out" of environmental initiatives throughout APEC curtails marginalization, the lack of an overarching institutional "home" for environmental issues creates problems of coordination, accountability and transparency. Besides the normal bureaucratic problems of coordination, the work of keeping environmental issues on track requires a certain level of scientific and technical expertise-currently lacking within Senior Officials Meetings or, indeed, in any other part of APEC's "official" regular architecture. The issue of "institution-building" at APEC, however, is highly contentious. Some members, currently including Australia, worry about the over-bureaucratization of APEC-pointing to the European Union as their worst nightmare-and resist the formation of any new institutional mechanisms. The most acceptable proposal currently is for Senior Officials to devote one Meeting each year specifically to environmental issues. A decision to set up such a mechanism is expected by the Senior Officials Meeting ahead of the November, 1996 APEC Ministerial. Hopefully, the SOM will direct governments to send Environment Officials to the SOM." (ZARSKY; HUNTER, 1997, p. 242-243).

desenvolvimento sustentável positivado pela declaração do Rio, de 1992, como um princípio que rege a atuação dos respectivos blocos.

Por sua vez, a Europa, conforme registra Nico Schrijver (2008a, p. 137), foi o continente precursor no que se refere à inclusão dos elementos do desenvolvimento sustentável no seio do chamado direito comunitário europeu. Com efeito, já o artigo 2 do Tratado de Maastricht, de 1992¹²⁸, que instituiu a União Europeia, formulou, como objetivo do bloco, “a promoção de um progresso econômico e social equilibrado e sustentável”¹²⁹.

Na primeira revisão deste, Tratado de Amsterdã, de 1997¹³⁰, consignou-se a necessidade de integração da proteção ambiental em todas as atividades e políticas da comunidade, “objetivando a promoção do desenvolvimento sustentável”. Também o conceito foi positivado no Tratado estabelecendo uma Constituição para a Europa, embora tenha sido rechaçado pela opinião pública.

Atualmente, verifica-se do texto consolidado do Tratado da União Europeia, com redação dada pelo Tratado de Lisboa¹³¹, que o desenvolvimento sustentável é adotado como princípio que ordena o progresso econômico e social dos povos da Europa (preâmbulo)¹³². No item 3 de seu artigo 3º, ainda, consigna-se expressamente que a União:

Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível

¹²⁸ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>>. Acesso em: 16 maio 2012.

¹²⁹ “In Europe, EU Law is a precursor to law grounded in sustainable development in the way it included the various constitutive elements of the concept”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 137).

¹³⁰ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>>. Acesso em: 16 maio 2012.

¹³¹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:020:pt:PDF>>. Acesso em: 16 maio 2012.

¹³² “DETERMINADOS a promover o progresso económico e social dos seus povos, tomando em consideração o princípio do desenvolvimento sustentável e no contexto da realização do mercado interno e do reforço da coesão e da protecção do ambiente, e a aplicar políticas que garantam que os progressos na integração económica sejam acompanhados de progressos paralelos noutras áreas [...]”

de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.

O princípio, eis que assim tratado pelo próprio texto, está presente, ainda, como guia da política externa (artigo 21º, item 2, “d” e “f”)¹³³ da União Europeia.

No Tratado sobre o Funcionamento da União, a presença do desenvolvimento sustentável é ainda mais relevante e destacada, nos mais vários campos em que a organização é a titular da produção normativa.

Merecem destaque, para o tópico, que o conceito é adotado como princípio orientador da política ambiental (artigo 11)¹³⁴ econômica e monetária (artigo 119, item 3)¹³⁵.

Deixa-se de fazer menção aos atos das instituições europeias (como diretivas, regulamentos e decisões), haja vista estas se situarem no campo do direito internacional derivado e, por essa razão, tangenciarem o escopo do presente tópico, o qual visa observar a presença do desenvolvimento sustentável no direito internacional positivo.

De qualquer sorte, mesmo prescindindo da observância de tais normas, do exposto resta evidente que também na Europa houve

¹³³ “2. A União define e prossegue políticas comuns e acções e diligencia no sentido de assegurar um elevado grau de cooperação em todos os domínios das relações internacionais, a fim de: [...] d) Apoiar o desenvolvimento sustentável nos planos económico, social e ambiental dos países em desenvolvimento, tendo como principal objectivo erradicar a pobreza; [...] f) Contribuir para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável”.

¹³⁴ “As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e acções da União, em especial com o objectivo de promover um desenvolvimento sustentável.”.

¹³⁵ “1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 3º do Tratado da União Europeia, a acção dos Estados-Membros e da União implica, nos termos do disposto nos Tratados, a adopção de uma política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objectivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência. [...]3. Essa acção dos Estados-Membros e da União implica a observância dos seguintes princípios orientadores: preços estáveis, finanças públicas e condições monetárias sólidas e balança de pagamentos sustentável.

incorporação do conceito pelo direito positivo, não só como elemento de proteção ao meio ambiente, como também de condução da política econômica do bloco.

Esse modelo de condução política voltada ao desenvolvimento sustentável, que, para o campo do direito internacional, materializa-se por meio de tratados que tornam jurídicas algumas das obrigações assumidas, pode ser verificado no Acordo de Cotonou, 2000, acordo comercial celebrado entre a (agora) União Europeia e o Grupo de Países da África, Pacífico e Caribe, composto de 79 nações¹³⁶.

Neste, já no preâmbulo, as partes afirmam seu comprometimento em trabalhar juntas para atingir o objetivo do desenvolvimento sustentável, texto repetido no artigo 1, para afirmar que este é um objetivo formal da parceria, a qual deve levar em consideração, ao mesmo tempo, “aspectos políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais do desenvolvimento”¹³⁷.

Trata-se, pois, de acordo eminentemente comercial que coloca como norma-objetivo o atingimento de um grau de desenvolvimento que contemple, concomitantemente, uma multiplicidade de aspectos, o qual é representado pela locução ‘desenvolvimento sustentável’. Esta perspectiva é abalizada pelo escólio de Duncan French (2005, p. 43), para quem:

O Acordo de Cotonou, muito mais que qualquer outro tratado internacional, endossou o desenvolvimento sustentável explicitamente tanto como um resultado a ser alcançado como um

¹³⁶ O Acordo em referência teve sua última revisão em Ougadougou (Burkina Faso), em 22 jun. 2010. O texto está disponível em: <http://ec.europa.eu/europeaid/where/acp/overview/documents/cotonou-consolidated-fin-ap-2012_en.pdf>. Acesso em: 17 maio 2012.

¹³⁷ “AFFIRMING their commitment to work together towards the achievement of the objectives of poverty eradication, sustainable development and the gradual integration of the ACP countries into the world economy; [...] article 1 – objectives of the partnership. [...] These objectives and the Parties’ international commitments, including the Millennium Development Goals, shall inform all development strategies and shall be tackled through an integrated approach taking account at the same time of the political, economic, social, cultural and environmental aspects of development. The partnership shall provide a coherent support framework for the development strategies adopted by each ACP State”.

aspecto essencial cuja promoção deve ser integral¹³⁸.

Ou seja, da análise minuciosa dos elementos jurídicos que regem os blocos econômicos mundiais, bem como da observância de sua atuação, pode-se verificar que há não só a positivação do desenvolvimento sustentável enquanto elemento condutor de suas ações no campo internacional, como também, e sobretudo, o conceito é utilizado para atrair para a seara da economia matérias que tradicionalmente não eram reguladas por este ramo jurídico, como a proteção do meio ambiente e a necessidade de melhoria da qualidade de vida da população.

Esta noção, ao que se pode verificar também pelas datas em que ocorreram mudanças de redação ou instituição de novos tratados, deve-se em grande parte à mudança de paradigma operada em 1992 quando da edição da declaração do Rio de Janeiro, no seio da Convenção das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Adentrando, finalmente, ao último item a que se propõe o exame neste breve tópico, pode-se verificar que as instituições econômicas internacionais, tanto o Banco Mundial quanto o Fundo Monetário Internacional, também pautam suas condutas com base no desenvolvimento sustentável.

Com efeito, as chamadas instituições de Bretton Woods se adaptaram com pragmatismo às exigências do desenvolvimento, consagrando parte essencial de suas atividades a ajudar os seus membros com dificuldades financeiras, notadamente os países em desenvolvimento¹³⁹.

¹³⁸ “The Cotonou Agreement, much more so than arguably any other international treaty, has endorsed sustainable development explicitly as both a desired outcome and as an essential aspect in promoting full implementation.” (FRENCH, 2005, p. 43).

¹³⁹ Nesse sentido, importante os ensinamentos de Jean Touscoz (1993, p. 288), para quem “talvez paradoxalmente, se considerarmos as suas orientações liberais e seu modo de funcionamento, assentado no princípio da ponderação dos votos, as instituições saídas de Bretton Woods adaptaram-se, com grande pragmatismo, às exigências do desenvolvimento. Demonstramos anteriormente que o FMI consagra, actualmente, parte essencial de suas actividades a ajudar os seus membros com dificuldades financeiras, isto é, os países em desenvolvimento. [...] O Banco Mundial registrou uma evolução semelhante: criado para auxiliar a reconstrução dos países devastados pela guerra e financiando investimentos garantidos pelos Estados em causa, o BIRD orienta a

Duncan French (2005, p. 45) registra que, muito embora nos tratados institutivos destas organizações não haja expressa menção ao desenvolvimento sustentável, todo o arcabouço normativo a ele relacionado teve significante impacto em suas atuações¹⁴⁰.

Nesse particular, merece destaque a atuação dos Bancos Mundiais¹⁴¹, em especial do Banco Mundial, o qual adotou rígido critério seletivo para a escolha de projetos a serem financiados: o atendimento a oito elencados objetivos, dentre os quais figuram a erradicação da extrema pobreza e fome, universalidade da educação primária, promoção da igualdade de gênero, reduzir a mortalidade infantil, melhorar a saúde maternal, combater doenças, assegurar a sustentabilidade ambiental e desenvolver uma parceria global para o desenvolvimento.

Essa seleção, consoante registra Nico Schrijver (2008a, p. 198), é feita por meio de inspeções que oferecem a possibilidade de estimar os efeitos que o projeto pode acarretar no meio ambiente e no desenvolvimento da região¹⁴².

sua actividade para os países em desenvolvimento (e, em certa medida, para os países da Europa Central e Oriental, que recentemente se tornaram membros).”

¹⁴⁰ “Even though the founding treaties that established the World Bank and the IMF do not contain express reference to the term, sustainable development has nevertheless had an important impact, particularly on the operation and policies of the World Bank” (FRENCH, 2005, p. 45).

¹⁴¹ Faz-se referência, aqui, aos maiores Bancos Mundiais de Desenvolvimento existentes no mundo, que, segundo Jose O. Castañeda (1992), são os seguintes: “the World Bank, the Inter-American Developing Bank, the Asian Developing Bank, and the African Development Bank.”. No mesmo sentido, ver Touscoz (1993, p. 289). O francês destaca, além dos bancos citados, o “Fundo Árabe de Desenvolvimento Econômico e Social (FADES), criado em 1972, financia projectos nos Estados-membros da Liga Árabe. O Banco Árabe para o Desenvolvimento Econômico da África (BADEA), fundado em 1973, tem como objetivo promover os investimentos árabes em África. Por último, o Banco Islâmico de Desenvolvimento (BID), fundado em 1974, tem como função estimular os investimentos dos países muçulmanos noutros países islâmicos; os empréstimos que consente (para o desenvolvimento das infra-estruturas) não tem juros, de acordo com os princípios da *charia*.”.

¹⁴² “Partly as a result of several major incidents with the construction of dams and reservoirs in India and China, the World Bank set up the World Bank Inspection Panel and several ‘impact’ procedures were started within the Bank. Such procedures offer the possibility of estimating the effect on the environment and development before the implementation of projects in which the World Bank is involved”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 198).

A instituição, ainda, adota avaliações de índices de sustentabilidade como critério para a concessão de financiamentos de projetos, os quais são medidos antes, durante, e depois da implementação daqueles¹⁴³.

Consoante se verifica com clareza do cotejo entre a prática reiterada e as políticas adotadas pelas instituições financeiras mundiais com os instrumentos jurídicos que lhes dão supedâneo, pode-se verificar que operou-se, também aqui, uma mudança de paradigma quanto ao conceito de desenvolvimento adotado, devendo este abarcar tanto o aspecto econômico como ambiental e social.

No tópico seguinte, far-se-á um apanhado de outros tratados internacionais relevantes que contemplam o conceito e a noção de desenvolvimento sustentável, com o fim de analisar em quais outros ramos do Direito Internacional houve a positivação do conceito para se ter a dimensão da amplitude atingida.

¹⁴³ Veja-se o elucidativo sítio eletrônico do Banco Mundial, no qual são elencados os objetivos e se pode visualizar com facilidade os projetos financiados pela instituição. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/mdgs>>. Acesso em: 17 maio 2012. Além disso, recomenda-se a obra de José O. Castañeda (1992), que, considerando que durante muitos anos os projetos financiados pelo Banco Mundial deixaram impactos ambientais significativos e negativos, houve uma mudança de paradigma para o fim de adotar estudos de impacto ambiental (EIA) como requisitos para financiamentos. “As a result of intense international pressure, the MDBs, and the World Bank in particular, decided to adopt environmental safeguards for their financing programs. This Comment deals with the basic mechanism the MDBs have embraced for this purpose, the Environmental Impact Assessment (EIA), and the EIA’s application in international development projects. [...] In 1979, with the creation of the Office of Environmental Adviser, it [the World Bank] became the first multilateral development institution to issue environmental guidelines for its projects. These guidelines were later expanded and made available to other development institutions. The Bank also issued a ‘Declaration of Environmental Policies and Procedures Relating to Economic Development’ which intended to further incorporate environmental concerns into its project financing.”

2.2.6 Presença do desenvolvimento sustentável em outros ramos do Direito Internacional

Pode-se observar, até mesmo como corolário da natureza multifacetada do conceito de desenvolvimento sustentável, para se utilizar do termo de Nico Schrijver, sua presença em diversos outros segmentos do direito internacional, a exemplo de tratados que versam sobre questões humanitárias, energia nuclear, saúde, dentre outras.

Por essa razão, dada a pluralidade dos segmentos, decidiu-se reuni-los em um mesmo tópico.

Inicia-se a análise a partir da Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação¹⁴⁴, de 1994, a qual, em seu preâmbulo, adotou categoricamente o desenvolvimento sustentável como norte para a leitura de seus dispositivos, ao consignar que:

o crescimento econômico sustentável, o desenvolvimento social e a erradicação da pobreza são prioridades dos países em desenvolvimento afetados, particularmente na África, e são essenciais para atingir os objetivos da sustentabilidade.

Ainda, em outra disposição, revela significantes aspectos sociais do desenvolvimento sustentável, ao inter-relacioná-lo com pobreza, saúde, nutrição, segurança alimentar, migração, deslocamento de pessoas e questões demográficas¹⁴⁵.

Importante destacar o teor da Convenção sobre Acesso à Informação, Participação Pública nos Processos de Decisão e Acesso à Justiça em Questões Ambientais (Aarhus, 1998)¹⁴⁶, a qual, revelando outro relevante elemento do conceito de desenvolvimento sustentável, impõe às partes a necessidade de:

¹⁴⁴ Disponível em: <<http://www.unccd.int/en/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 17 maio 2012.

¹⁴⁵ “Tendo em mente que a desertificação e a seca afetam o desenvolvimento sustentável através das suas inter-relações com importantes problemas sociais, tais como a pobreza, a má situação sanitária e nutricional, a insegurança alimentar e aqueles que decorrem da migração, da deslocação forçada de pessoas e da dinâmica demográfica”

¹⁴⁶ Disponível em: <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2012.

promover a educação ambiental para facilitar a compreensão do meio ambiente e desenvolvimento sustentável para incentivar e sensibilizar a opinião pública à participação nas decisões que afetem o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável¹⁴⁷.

É necessário frisar a importância da convenção de Aarhus, por ser dos poucos tratados de direito internacional que manifesta preocupação com a questão da educação ambiental como elemento facilitador do desenvolvimento sustentável, em razão de ser instrumento capaz de viabilizar a participação popular nos processos de decisão, conferindo-lhes legitimidade democrática – tal qual havia preceituado o princípio 10 da declaração do Rio.

No campo dos direitos humanos, há se fazer referência ao Protocolo sobre os Direitos das Mulheres na África (2003)¹⁴⁸, anexo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul), documento importantíssimo que impõe aos Estados o dever de reprimir atos de violência contra as mulheres, como a mutilação genital.

No que toca ao objeto do presente estudo, é de se salientar o disposto no artigo 19, o qual coloca o desenvolvimento sustentável na condição de direito fundamental a ser garantido pelos Estados-partes:

As mulheres devem ter assegurado o direito de gozar integralmente de seu direito ao desenvolvimento sustentável. Nessa conexão, devem os Estados partes: a) introduzir a perspectiva do gênero nos processos de planejamento do desenvolvimento nacional; b) assegurar a participação feminina em todos os níveis de conceituação, tomada de decisões, implementação e avaliação das políticas e programas de desenvolvimento; c) promover o acesso e o controle das mulheres sobre os recursos produtivos, como a terra, e garantir seu direito à

¹⁴⁷ “Desiring to promote environmental education to further the understanding of the environment and sustainable development and to encourage widespread public awareness of, and participation in, decisions affecting the environment and sustainable development”.

¹⁴⁸ Disponível em: <<http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Protocol%20on%20the%20Rights%20of%20Women.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2012.

propriedade; d) promover o acesso das mulheres ao crédito, treinamento, desenvolvimento de habilidades, e realização de atividades de extensão em nível urbano e rural, visando a prover o direito das mulheres à qualidade de vida e reduzir o nível de pobreza entre as mulheres; e) levar em consideração, na elaboração de políticas e programas de desenvolvimento, indicadores de desenvolvimento humano relacionados especificamente às mulheres; f) assegurar que os efeitos negativos da globalização e qualquer efeito negativo da implementação do comércio reduzido ao mínimo para as mulheres¹⁴⁹.

Este instrumento é, de fato, um referencial para a investigação do conceito de desenvolvimento sustentável, em que há, claramente, a materialização do princípio 20 da declaração do Rio de Janeiro. A uma, pois a positivação deste se dá enquanto direito autônomo, uma variante do direito ao desenvolvimento, considerando ser multifacetado.

A duas, enquanto direito plural, o instrumento normativo coliga ao direito ao desenvolvimento sustentável outros direitos, de acesso ao crescimento econômico, de respeito à diversidade de gênero, de acesso a oportunidades de crescimento intelectual, pessoal e profissional; e, todavia, não correlaciona a este direito nenhum outro de aspecto ambiental – o que destoia dos anteriores tratamentos dados ao conceito.

Finalmente, saliente-se importante convenção adotada no âmbito de atuação da Organização Mundial da Saúde (OMS), a saber,

¹⁴⁹ “Article 19. Right to Sustainable Development. Women shall have the right to fully enjoy their right to sustainable development. In this connection, the States Parties shall take all appropriate measures to: a) introduce the gender perspective in the national development planning procedures; b) ensure participation of women at all levels in the conceptualisation, decision-making, implementation and evaluation of development policies and programmes; c) promote women’s access to and control over productive resources such as land and guarantee their right to property; d) promote women’s access to credit, training, skills development and extension services at rural and urban levels in order to provide women with a higher quality of life and reduce the level of poverty among women; e) take into account indicators of human development specifically relating to women in the elaboration of development policies and programmes; and f) ensure that the negative effects of globalisation and any adverse effects of the implementation of trade and economic policies and programmes are reduced to the minimum for women”.

Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, de 2003. Este tratado internacional, embora direcionado à saúde, apresenta preocupações econômicas, haja vista muitas nações possuírem no fumo grande parte de seu produto interno bruto.

Assim sendo, verifica-se a necessidade de que políticas para a redução do consumo do tabaco, voltadas à saúde, também contemplem a viabilização de alternativas econômicas de culturas agrícolas, sob pena de inviabilizar a subsistência de ampla gama de nações monocultoras.

Por conseguinte, essa integração de políticas, necessária, é contemplada pelo tratado por meio da adoção de norma determinando que todas as alternativas à produção que sejam economicamente viáveis deverão ser adotadas “em consonância com as estratégias nacionais para o desenvolvimento sustentável”¹⁵⁰.

Passa-se, no tópico seguinte, a explorar de que maneira a jurisprudência internacional interpretou e aplicou o desenvolvimento sustentável que foi, como demonstrado, amplamente positivado no campo do direito dos tratados.

2.2.7 A presença do desenvolvimento sustentável na jurisprudência internacional

Além de constar expressamente em diversos tratados internacionais, como demonstrado, o desenvolvimento sustentável foi objeto de referências dos mais importantes órgãos judiciais internacionais, especializados ou não, o que revela sua natureza comum e, sobretudo, integrativa.

Inicia-se a análise a partir da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, por meio da qual se pode identificar a menção ao desenvolvimento sustentável, expressa ou implicitamente, em três casos. No primeiro deles, *Opinião consultiva sobre a legalidade da ameaça de uso de armas nucleares*, de 1996, este importante órgão das Nações Unidas não tratou do desenvolvimento sustentável expressamente, mas adotou a fórmula cunhada no relatório Brundtland ao afirmar o seguinte:

[...] o meio ambiente não é uma abstração, mas representa o espaço de vida, a qualidade de vida e

¹⁵⁰ Disponível em: <<http://actbr.org.br/pdfs/CQCT.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2012.

a saúde dos seres humanos, incluindo as gerações ainda não nascidas¹⁵¹ (ICJ, 1996, p. 241).

A Corte, ao entender que o meio ambiente não é apenas uma projeção presente, mas também futura, que engloba aspectos relacionados à qualidade de vida do ser humano, contempla em grande medida a abordagem holística proposta pela declaração do Rio, de 1992.

Embora esta se dê exclusivamente voltada a integrar a figura do homem ao meio ambiente e, mais profundamente, à proteção ambiental, olvidando-se de aspectos econômicos e sociais, a Corte acaba por reconhecer a importância de projetar a qualidade de vida para o futuro, o que, inexoravelmente, abarca as outras concepções.

A jurisprudência da CIJ, no ano subsequente, experimenta nova evolução ao julgar o caso que restou conhecido como Projeto Gabčíkovo-Nagymaros, entre Hungria e Eslováquia¹⁵². Neste caso, a

¹⁵¹ § 29. “The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.”

¹⁵² Philippe Sands (1999, p. 391-392), com a didática que lhe é peculiar, explica o caso da seguinte maneira: “The case concerned a dispute over whether or not to build two barrages on the Danube Shared by Hungary and Czechoslovakia. In 1977, by treaty, the two countries had agreed to build two barrages which would then be jointly operated. The 1977 treaty envisaged the diversion of waters from Danube, where it was a boundary river, onto Czechoslovak territory and the operation of the dual system of barrages by ‘peak-power’ (rather than ‘run-of-river’ mode). Construction began and proceeded more slowly than had been originally envisaged. In the mid-1980s political opposition in Hungary focused on the environmental aspects of the barrage as a mean of achieving broader political change. In May 1989, great public pressure led Hungary to suspend work on large parts of the project. The two countries sought to reach an agreement as to how to proceed. Both were intransigent and committed to different approaches. Czechoslovakia took the view that the barrages posed no serious threat to the environment, Hungary was certain they would lead to significant environmental harm to water supplies and to biodiversity. Absent an agreed resolution of the problem, and in the face of Hungary’s refusal to continue work on the project, in 1991 Czechoslovakia proceeded unilaterally to implement what it termed a ‘provisional solution’ (referred to as ‘Variant C’), comprising a single barrage on the Czechoslovakia side, but requiring the diversion of some 80% of the shared water and its territory. It argued that this was justified by the 1977 Treaty which, in effect, gave it rights over that amount

Corte menciona expressamente o conceito de desenvolvimento sustentável, ao afirmar que este demanda a necessidade de reconciliação entre normas da economia e da proteção ambiental.

Nesse sentido, importante destacar trecho no qual a Corte de Haia deixa clara a mudança de paradigma operada nas últimas duas décadas, vinculando intrinsecamente o desenvolvimento à proteção ambiental, ao consignar o seguinte:

No decorrer dos séculos, a humanidade, por razões econômicas e outras, constantemente interferiu na natureza. No passado, isso era frequentemente feito sem que houvesse consideração sobre os efeitos sobre o meio ambiente. Devido a novos conhecimentos científicos e uma consciência global dos riscos para a humanidade – para as presentes e futuras gerações – que a busca de tais intervenções em uma velocidade desmedida e desenfreada pode acarretar, novas normas e padrões foram desenvolvidos, estabelecidos em um grande número de instrumentos durante as duas últimas décadas. Essas novas normas foram levadas em consideração, e a tais modelos foi dado o peso adequado, não somente quando os Estados realizam novas atividades, mas também quando continuam aquelas já iniciadas no passado. Essa necessidade de reconciliar desenvolvimento econômico com proteção do meio ambiente é

of water for the purposes of operating a barrage on its side. As ‘Variant C’ proceeded in late 1991 and early 1992 Hungary took the view that it had no option but to terminate the 1977 Treaty, which apparently provided the sole basis upon which Czechoslovakia claimed to be able to proceed to its unilateral and provisional solution. In May 1992 Hungary purported to terminate the 1977 Treaty. A complicated situation which was made no easier when, in January 1993, Czechoslovakia split into two countries, with the Czech Republic and Slovakia agreeing as between themselves that Slovakia would succeed to ownership of the Czechoslovak part of the project. In the meantime, in October 1992 Czechoslovakia had dammed the Danube and diverted over 80 per cent of the waters of the Danube into a bypass canal on Slovak territory. In April 1993, largely under the pressure of the Commission of the European Communities, Hungary and Slovakia agreed to refer the matter to the ICJ”.

apropriadamente expressada no conceito de desenvolvimento sustentável¹⁵³.

Essa passagem é de fundamental importância para a temática em apreço, haja vista que a Corte Internacional de Justiça declara claramente que o meio ambiente não pode ser considerado tão somente como um ativo econômico cuja exploração pode se dar sem levar em consideração a perspectiva do esgotamento de seus recursos.

Pelo contrário, a CIJ reconhece que a exploração dos recursos naturais, pelo regramento jurídico internacional, sofre limitações que implicam em integrar a preocupação com o meio ambiente dentro do modelo de desenvolvimento que se quer adotar.

Nico Schrijver salienta, todavia, que a Corte se absteve de especificar o *status* legal do desenvolvimento sustentável, tratando deste na vaga aceção de conceito¹⁵⁴.

Muito embora comunguem do entendimento do holandês ao afirmarem que a Corte de Haia não especificou qual o valor normativo do conceito, Birnie, Boyle e Redgewell (2009) afirmam que isso não significa que deste não decorrem implicações legais. Pelo contrário, para os autores, o julgamento do caso deixa implícito que a análise do “processo de tomada de decisão é o teste legal mais importante do desenvolvimento sustentável”, revelando que este não é desprovido de valor normativo e mais, prevendo a existência de uma ampla gama de normas destinadas a dar-lhe vazão.

Quanto ao caso em comento, é totalmente impensável àqueles que buscam desenhar a delimitação do conteúdo do desenvolvimento

¹⁵³ § 140. “Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind - for present and future generations - of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken in to consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.”

¹⁵⁴ “While recognizing sustainable development as a concept, however, the Court refrained from specifying its legal status”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 142-143).

sustentável, como o presente estudo se propõe, deixar de mencionar a opinião separada do juiz Weeramantry ao julgamento da Corte.

Para o magistrado do Sri-Lanka, como salientado no item 1.1, o desenvolvimento sustentável é um princípio jurídico respeitado pela humanidade durante séculos, de modo que se constitui em uma norma de direito internacional geral que se reveste da juridicidade necessária a obrigar os Estados a respeitar, a partir de uma perspectiva integrada e com vistas à preservação da natureza e a manutenção das condições adequadas de vida, tanto o regramento jurídico da economia quanto do meio ambiente na esfera internacional, ao atendimento dos pressupostos de ambos os ordenamentos¹⁵⁵.

Esta opinião separada – que não se trata de voto dissonante da Corte, mas sim de uma opinião que buscou apenas esclarecer o vago “conceito” de desenvolvimento sustentável adotado pela decisão – revela a existência de uma prática internacional por parte dos povos visando a considerar, concomitantemente, o regramento jurídico que rege a exploração dos recursos naturais e a atividade econômica quando da análise de um caso concreto, objetivando à manutenção de ambas por meio do respeito àqueles.

Nos dizeres de Philippe Sands (1999, p. 396), “o termo desenvolvimento sustentável se mostra útil enquanto voltado a interligar

¹⁵⁵ “The Court has referred to it as a concept in paragraph 140 of its Judgment. However, I consider it to be more than a mere concept, but as a principle with normative value which is crucial to the determination of this case. Without the benefits of its insights, the issues involved in this case would have been difficult to resolve. Since sustainable development is a principle fundamental to the determination of the competing considerations in this case, and since, although it has attracted attention only recently in the literature of international law, it is likely to play a major role in determining important environmental disputes of the future, it calls for consideration in some detail. Moreover, this is the first occasion on which it has received attention in the jurisprudence of this Court. [...] It is clear that a principle must be followed which pays due regard to both considerations. Is there such a principle, and does it command recognition in international law? I believe the answer to both questions is in the affirmative. The principle is the principle of sustainable development and, in my view, it is an integral part of modern international law. It is clearly of the utmost importance, both in this case and more generally”. Nesse sentido, “while the Court did not elaborate on the definition of sustainable development, it did recognise the utility of the notion as a useful tool in balancing environmental protection and economic development. (HOWLEY, 2009, p. 95).

duas visões sem, necessariamente, ter que fazer um raciocínio profundo sobre o método ou os resultados de sua aplicação”.

A evolução de concepção operada pela própria maturidade do órgão jurisdicional em apreço se revelou de maneira bastante clara quando da análise daquele que ficou conhecido como o caso das Papeleiras, entre Argentina e Uruguai¹⁵⁶ (ICJ, 2010).

Ao determinar a adoção de medidas cautelares, em 2006, a Corte assentou que “o caso presente revela a importância da necessidade de assegurar a proteção ambiental dos recursos naturais compartilhados ao

¹⁵⁶ Didática e elucidativa explicação sobre o caso: “in the year 2006 Argentina brought proceedings against Uruguay in the International Court of Justice (“ICJ”), alleging the breach of obligation under bilateral treaty, Statute of the River Uruguay, 1975 (“Statute”) between the two states. Argentina claimed that by allowing the construction of pulp mill on River Uruguay as breach of the treaty. Argentina raised the following points for as breaches: i) the obligation to take all necessary measure of the optimum and rational utilization of the river; ii) the obligation to provide prior notice of processes and activities associated with the mills; iii) the obligation to preserve the aquatic environment and its fisheries and biodiversity, iv) the obligation to prevent pollution, v) the obligation to prepare a full environmental impact study; and vi) the obligation to co-operate in the preservation of the environment and prevention of pollution. The ICJ on the procedural claim observed that the Uruguay has breached the obligation to notify and consult with Argentina prior to the authorization and constructions of the mills, arising under the 1975 Statute but held that the Argentina could not prove that substantive breach of any obligation by Uruguay under the 1975 Statute. Hence ICJ held that a declaration of the existence of the breach by Uruguay was more than enough remedy in this case as there has been no proof of substantive breach. By way of this judgment ICJ has also contributed towards the customary international environmental law as the court observed that the preparation of a trans boundary Environmental Impact Assessment (EIA) is required as a part of the custom where a proposed activity poses a risk of significant environmental harm, even though the Court found that international law had little to say about the nature, scope and content of the EIA. The Court observed that “[T]he obligation to protect and preserve, under Article 41 (a) of the Statute, has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource”. (NATIONAL LAW SCHOOL OF INDIA UNIVERSITY, [s.d.]

mesmo tempo em que deve ser permitido o desenvolvimento econômico sustentável”¹⁵⁷.

Em 2010, ao julgar o caso, a Corte Internacional de Justiça passa a tratar o desenvolvimento sustentável como um objetivo, e não mais um conceito abstrato.¹⁵⁸ A Corte reconhece, ainda, na interpretação de um dispositivo que previa o direito das partes de usar as águas do rio quando esta utilização não afetasse a qualidade do recurso natural, o seguinte:

É opinião da Corte que o Artigo 27 incorpora essa interconexão entre o uso equitativo e racional de um recurso comum e o balanço entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental, o que é a essência do desenvolvimento sustentável¹⁵⁹.

¹⁵⁷ “Whereas the present case highlights the importance of the need to ensure environmental protection of shared natural resources while allowing for sustainable economic development ; whereas it is in particular necessary to bear in mind the reliance of the Parties on the quality of the water of the River Uruguay for their livelihood and economic development ; whereas from this point of view account must be taken of the need to safeguard the continued conservation of the river environment and the rights of economic development of the riparian States;”. (ICJ, 2006, §80).

¹⁵⁸ “Regarding Article 27, it is the view of the Court that its formulation reflects not only the need to reconcile the varied interests of riparian States in a transboundary context and in particular in the use of a shared natural resource, but also the need to strike a balance between the use of the waters and the protection of the river consistent with the objective of sustainable development”. (§ 177).

¹⁵⁹ “The Court has already dealt with the obligations arising from Articles 7 to 12 of the 1975 Statute which have to be observed, according to Article 27, by any party wishing to exercise its right to use the waters of the river for any of the purposes mentioned therein insofar as such use may be liable to affect the régime of the river or the quality of its waters. The Court wishes to add that such utilization could not be considered to be equitable and reasonable if the interests of the other riparian State in the shared resource and the environmental protection of the latter were not taken into account. Consequently, it is the opinion of the Court that Article 27 embodies this interconnectedness between equitable and reasonable utilization of a shared resource and the balance between economic development and environmental protection that is the essence of sustainable development.” (§ 177).

Destes julgados, pode-se perceber claramente que a jurisprudência da Corte de Haia, muito embora não se manifeste acerca da força normativa do desenvolvimento sustentável, passou a considerá-lo como parte do *corpus iuris* do direito internacional, fazendo-lhe menção expressa em suas decisões, ora como conceito e, posteriormente, como objetivo da comunidade internacional. Faça-se a ressalva, aqui, do entendimento do juiz Weeramantry, quando do julgamento do caso Projeto Gabčíkovo-Nagymaros, no qual defendeu, em opinião separada, tratar-se de uma norma de direito internacional geral.

Outro aspecto relevante a ser salientado, é que a CIJ, notadamente pelo julgamento do caso das Papeleiras, reconhece a existência de valor normativo ao desenvolvimento sustentável ao declarar que seu núcleo é representado pela interconexão entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

Pode-se afirmar, com base na análise da evolução jurisprudencial, que o entendimento da Corte Internacional de Justiça após o julgamento do caso das Papeleiras se direciona no sentido de que o desenvolvimento sustentável possui um núcleo normativo e este reside justamente na necessidade de que os Estados integrem, em suas ações e políticas internas, aspectos normativos relacionados à direitos ligados à economia e ao meio ambiente de forma concomitante¹⁶⁰.

Essa perspectiva, já havia sido adotada por outro tribunal internacional, qual seja, a Corte Permanente de Arbitragem. Esta, ao julgar o caso conhecido como “Ferrovia do Reno” (*Iron Rhine Railway*), fixou o entendimento de que o Princípio 4 da Declaração do Rio de Janeiro tornou-se uma norma de direito internacional costumeiro¹⁶¹,

¹⁶⁰ Nesse sentido também a perspectiva de Patricia Birnie, Alan Boyle e Catherine Redgewell (2009, p. 116), os quais, ao considerar o tratamento dado pela Corte Internacional de Justiça ao desenvolvimento sustentável em ambos os casos e reconhecer que este representa a necessidade de integração entre o regramento jurídico da economia e do meio ambiente, conclui que “from this perspective, one of the main attractions of sustainable development as a concept is that both sides in any legal argument will be able to rely on it”.

¹⁶¹ “Since the Stockholm Conference on the Environment in 1972 there has been a marked development of international law relating to the protection of the environment. Today, both international and EC law require the integration of appropriate environmental measures in the design and implementation of economic development activities. Principle 4 of the Rio Declaration on Environment and Development, adopted in 1992 (31 I.L.M. p. 874, at p. 877), which reflects this trend, provides that ‘environmental protection shall

materializa e constitui o núcleo normativo da expressão ‘desenvolvimento sustentável’, a qual, por sua vez, é um princípio de direito internacional geral, consoante salienta com propriedade Marie-Claire Cordonnier Segger (2008, p. 125-126)¹⁶².

O Tribunal Internacional do Mar até o momento não foi instado a se manifestar sobre os efeitos normativos do desenvolvimento

constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it.’ Importantly, these emerging principles now integrate environmental protection into the development process. Environmental law and the law on development stand not as alternatives but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm (see paragraph 222). This duty, in the opinion of the Tribunal, has now become a principle of general international law. This principle applies not only in autonomous activities but also in activities undertaken in implementation of specific treaties between the Parties. The Tribunal would recall the observation of the International Court of Justice in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case that “[t]his need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development” (*Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7 at p. 78, para. 140). And in that context the Court further clarified that ‘new norms have to be taken into consideration, and . . . new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past’ (*Ibid.*). In the view of the Tribunal this dictum applies equally to the Iron Rhine railway”. (§ 59).

¹⁶² “As such, the *Iron Rhine* award suggests that the duty to integrate environmental protection with development is an accepted principle of international law; In this light, a ‘principle of sustainable development’ might be essentially a label for the exhortation found in Principle 4 of the *Rio Declaration on Environment and Development*, which provides that in ‘order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it’. (...) Award suggests that a principle of sustainable development requires States to take environmental protection considerations into account in the development process. Such a principle might be extended, by States, to include cases where the ‘development process’ consists of defining new trade rules, or establishing new norms to govern transboundary investments. Such a principle might be weak, but it is normative. This said, surely has limits. ‘Constituting an integral part’ is not the same as ‘becoming a trump card’. And indeed, defined this way the principle might press States to ‘*quid pro quo* ensure that environmental protection issues (including new environmental laws) not be considered ‘in isolation’ from social and economic development priorities (or norms)”. (SEGGER, 2008, p. 125-126).

sustentável, muito embora tenha tido ocasião de decidir três casos que guardam relevância com a temática, os quais, todavia, ultrapassam os limites do presente tópico e, por esta exclusiva razão, não serão abordados¹⁶³.

As Cortes Internacionais de Direitos humanos, tanto a interamericana¹⁶⁴ quanto a europeia¹⁶⁵, também ainda não possuem

¹⁶³ Faz-se referência ao caso do Atum Azul do Sul, de 1999; caso *Mox Plant*, de 2001; e caso *Land Reclamation*, de 2003. Todos podem ser visualizados em: <<http://www.itlos.org/>>. Acerca da relação entre desenvolvimento sustentável e o Tribunal Internacional do Mar, interessante o comentário de Nico Schrijver (2008a, p. 144-145), para quem “although they do not specifically address the concepts of sustainable development or sustainable use of natural resources, other decisions of the Tribunal on the Law of the Sea certainly reflect the emerging international law of sustainable development in that they consolidate and even further develop its keys principles, particularly the duty to co-operate and the principle of precaution. These principles came to the fore particularly in the 1999 *Southern Bluefin Tuna Cases*, the 2001 *MOX Plant Case*, and the 2003 *Land Reclamation Case*.”

¹⁶⁴ Refere-se aos casos *Awas Tingni Mayagna v. Nicarágua e Belo Monte*. No primeiro, empresa ganhou uma concessão do governo para a exploração de florestas, sem que os índios tivessem sido consultados. A Corte declarou que a Nicarágua havia violado o direito à proteção judicial e à propriedade, bem como determinou que o País adotasse leis e regulamentos nacionais para demarcar as propriedades das comunidades indígenas. Além disso, intimou o Estado a fazer um investimento de \$ 50.000,00 em serviços públicos que beneficiem os indígenas, como forma de reparação. No segundo, houve denúncias de que não houve efetiva participação popular dos povos afetados no processo de licenciamento ambiental da construção de uma hidrelétrica na região Amazônica. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Brasil suspendesse o andamento da obra e realizasse audiências públicas com a efetiva participação dos povos indígenas.

¹⁶⁵ Faz-se referência ao caso *Lopez-Ostra e Guerra v. Italy*. No primeiro, mãe e filha sofreram problemas de saúde em razão de uma usina de tratamento de lixo que operava contígua ao edifício onde moravam. O empreendimento foi licenciado pelo governo local. Entendeu-se que a poluição local pode afetar o bem estar dos indivíduos e impedi-los de usufruir de seus lares, de uma maneira que afeta negativamente suas vidas privada e familiar. No caso entendeu-se que houve essa violação, e a Espanha foi condenada ao pagamento de uma indenização. No segundo, a Corte entendeu que o Estado demandado falhou ao não informar os moradores de um município sobre os riscos associados a uma indústria química na localidade e sobre o como proceder na eventualidade de um acidente. Em 1998, a Itália foi condenada por ter colocado em risco a vida e

julgados que se debruçam especificamente sobre o conteúdo normativo do desenvolvimento sustentável no campo do direito internacional, muito embora também possuam decisões relevantes na matéria ambiental que tangenciam, todavia, o objeto do presente estudo. Também por este motivo, estes julgados não serão objeto de análise específica neste estudo.

O Órgão de Apelação do sistema GATT/OMC, embora não possua competência funcional para se manifestar sobre o direito internacional geral, aplica com propriedade o regramento jurídico internacional ao sistema normativo dos tratados sob sua batuta, de modo que as decisões exaradas por ele possuem grande força vinculante e, sobretudo, são capazes de revelar as evoluções que o sistema normativo internacional relacionado ao comércio experimenta.

Nesse sentido, e no que toca ao objeto do presente estudo, a primeira referência ao desenvolvimento sustentável foi feita pelo antigo órgão de disputas do GATT no caso Atum-Golfinho II, de 1994¹⁶⁶. Neste, consignou-se que o objetivo do desenvolvimento sustentável, o qual inclui a proteção e a preservação do ambiente, foi amplamente reconhecido pelas partes contratantes do Acordo Geral (GATT)¹⁶⁷.

Ao decidir o caso conhecido como Camarão-Tartaruga, de 1998¹⁶⁸, o Órgão de Apelação, dentre as várias menções ao papel que o

a família dos indivíduos, em razão da ausência de informação acerca da poluição ambiental.

¹⁶⁶ “The EC and the Netherlands complained that both the primary and the intermediary nation embargoes, enforced pursuant to the Marine Mammal Protection Act, did not fall under Article III, were inconsistent with Article XI:1 and were not covered by any of the exceptions of Article XX. The US considered that the intermediary nation embargo was consistent with GATT since it was covered by Article XX, paragraphs (g), (b) and (d), and that the primary nation embargo did not nullify or impair any benefits accruing to the EC or the Netherlands since it did not apply to these countries. The Panel found that neither the primary nor the intermediary nation embargo were covered under Article III, that both were contrary to Article XI:1 and not covered by the exceptions in Article XX(b), (g) or (d) of the GATT.” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis05_e.htm>. Acesso em: 19 maio 2012.

¹⁶⁷ “the objective of sustainable development, which includes the protection and preservation of the environment, has been widely recognized by the contracting parties to the general agreement” (§ 5.42).

¹⁶⁸ “Seven species of sea turtles have to date been identified. They are distributed around the world in subtropical and tropical areas. They spend their lives at sea, where they migrate between their foraging and nesting grounds. Sea

desenvolvimento sustentável possui dentro do ordenamento jurídico da OMC, que serão estudadas com o devido vagar no capítulo subsequente,

turtles have been adversely affected by human activity, either directly (their meat, shells and eggs have been exploited), or indirectly (incidental capture in fisheries, destruction of their habitats, pollution of the oceans). In early 1997, India, Malaysia, Pakistan and Thailand brought a joint complaint against a ban imposed by the US on the importation of certain shrimp and shrimp products. The protection of sea turtles was at the heart of the ban. The US Endangered Species Act of 1973 listed as endangered or threatened the five species of sea turtles that occur in US waters, and prohibited their ‘take’ within the US, in its territorial sea and the high seas. (‘Take’ means harassment, hunting, capture, killing or attempting to do any of these.) Under the act, the US required that US shrimp trawlers use ‘turtle excluder devices’ (TEDs) in their nets when fishing in areas where there is a significant likelihood of encountering sea turtles. Section 609 of US Public Law 101–102, enacted in 1989, dealt with imports. It said, among other things, that shrimp harvested with technology that may adversely affect certain sea turtles may not be imported into the US — unless the harvesting nation was certified to have a regulatory programme and an incidental take-rate comparable to that of the US, or that the particular fishing environment of the harvesting nation did not pose a threat to sea turtles. In practice, countries that had any of the five species of sea turtles within their jurisdiction, and harvested shrimp with mechanical means, had to impose on their fishermen requirements comparable to those borne by US shrimpers if they wanted to be certified to export shrimp products to the US. Essentially this meant the use of TEDs at all time. Many have missed the importance of the Appellate Body’s ruling on this case. In its report, the Appellate Body made clear that under WTO rules, countries have the right to take trade action to protect the environment (in particular, human, animal or plant life and health) and endangered species and exhaustible resources). The WTO does not have to “allow” them this right. It also said measures to protect sea turtles would be legitimate under GATT Article 20 (i.e. XX) which deals with various exceptions to the WTO’s trade rules, provided certain criteria such as non-discrimination were met. The US lost the case, not because it sought to protect the environment but because it discriminated between WTO members. It provided countries in the western hemisphere — mainly in the Caribbean — technical and financial assistance and longer transition periods for their fishermen to start using turtle-excluder devices. It did not give the same advantages, however, to the four Asian countries (India, Malaysia, Pakistan and Thailand) that filed the complaint with the WTO.

The ruling also said WTO panels may accept ‘amicus briefs’ (friends of the court submissions) from NGOs or other interested parties.” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm>. Acesso em: 19 maio 2012.

consignou expressamente que o desenvolvimento sustentável “foi aceito de uma maneira geral como um elemento integrador do desenvolvimento econômico e social e da proteção ambiental”¹⁶⁹.

Para Christina Voigt (2009, p. 140), “analisando esses casos concluímos que o desenvolvimento sustentável foi abraçado pelo órgão de resolução de controvérsias da OMC para fornecer e apoiar argumentos legais”¹⁷⁰.

A mesma perspectiva é compartilhada por Nico Schrijver (2008a, p. 148), o qual, ainda, faz questão de consignar que “essas referências suportam o *status* normativo do princípio do desenvolvimento sustentável no direito internacional”¹⁷¹.

Por conseguinte, pode-se verificar que, à exceção da Corte Permanente de Arbitragem, a jurisprudência internacional não se manifestou expressamente sobre o *status* normativo nem tampouco sobre o conteúdo do desenvolvimento sustentável no direito internacional.

Todavia, tanto a Corte Internacional de Justiça, ao interpretar dispositivos de tratados internacionais com cunho ambiental, quanto o Órgão de Resolução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, aplicando regras de direito internacional geral ao conjunto de tratados do sistema GATT/OMC, consignaram que se trata de um objetivo amplamente aceito pela comunidade internacional que atrai a aplicação concomitante do regramento jurídico internacional voltado ao desenvolvimento econômico e à proteção do meio ambiente quando da análise de uma questão internacional.

Na sequência, perscrutar-se-á, a partir da ampla pesquisa realizada no presente tópico acerca da presença do desenvolvimento sustentável no direito internacional, qual o conteúdo jurídico deste emergente princípio do direito internacional.

¹⁶⁹ “This concept has been generally accepted as integrating economic and social development and environmental protection” (nota de rodapé 107, § 129).

¹⁷⁰ “In analyzing these cases we find that sustainable development has been embraced by the WTO dispute settlement body to provide and support legal arguments”. (VOIGT, 2009, p. 140).

¹⁷¹ “Although the Appellate Body eventually judged that the US import measures constituted unjustifiable discrimination for other reasons, these references supported the legal status of the principle of sustainable development in international law”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 148).

2.3 O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL

2.3.1 Características jurídicas dos princípios gerais de direito internacional

Comunga-se da visão de Watson (2000, p. 308), para quem “a coisa mais difícil sobre o direito internacional é onde encontra-lo”¹⁷². Muito embora este ramo do direito não se diferencie dos demais no que toca à noção de norma jurídica, torna-se mais tormentosa a questão quando se trata de investigar quais instrumentos são aptos a demonstrar a existência de uma norma.

Por essa razão, a disciplina das fontes de direito internacional público¹⁷³ é, ainda, controvertida e discutida no seio das escolas e dos diversos doutrinadores.

¹⁷² “The most difficult thing about international law is finding it.” (WATSON, 2000, p. 308).

¹⁷³ Antes de tudo, é importante que se faça a distinção entre fontes materiais e fontes formais de direito internacional, na doutrina. Nesse sentido, salienta Ian Brownlie (2003, p. 3) que “it is common for writers to distinguish the formal sources and the material sources of the law. The former are those legal procedures and methods for the creation of rules of general application which are legally binding on the addressees. The material sources provide evidence of the existence of rules which, when proved, have the status of legally binding rules of general application”. Na mesma toada, convém salientar o escólio abalizado de Dihn, Daillier e Pellet (2003, p. 113-115), para os quais “as fontes *formais* do direito são os *processos* de elaboração do direito, as diversas técnicas que autorizam a considerar que uma regra pertence ao direito positivo. As fontes *materiais* constituem os fundamentos sociológicos das normas internacionais, a sua base política, moral ou económica mais ou menos explicitada pela doutrina ou pelos sujeitos do direito [...] Se as fontes formais do direito são as únicas pelas quais as normas acedem ao direito positivo, as fontes materiais são cada vez mais levadas diretamente em consideração pelo direito, enquanto participam no processo de emergência do direito positivo. Elas não podem bastar para aperfeiçoar uma norma jurídica, mas influenciam os processos jurídicos que concretizam as fontes formais: as resoluções não obrigatórias deverão, por exemplo, ser tomadas em consideração para compreender o processo contemporâneo de criação de uma regra convencional ou consuetudinária [...] Mais do que a própria fonte formal, é portanto o processo de formação do direito (o *law-making process*) no seu conjunto que se torna necessário levar em consideração. [...] Como resulta da distinção entre fontes materiais e as fontes formais do direito, o conteúdo do direito deriva das

Como premissa básica para a análise, portanto, há se salientar que a norma de direito internacional não pode se confundir com a fonte¹⁷⁴. Nesse sentido, convém trazer à baila a lição de Dihl, Daillier e Pellet (2003, p. 116):

Por normas, entendemos o conteúdo, a substância de uma regra elaborada segundo as exigências ‘processuais’ desta ou daquela fonte formal. Uma mesma norma pode provir de numerosas fontes diferentes: assim, normas relativas à delimitação da plataforma continental, idênticas em substância, podem ter um fundamento

primeiras, enquanto as segundas correspondem à formulação e à introdução desse conteúdo no direito positivo”.

¹⁷⁴ “It seems to me that most writers confound the conception of ‘source’ with that of ‘cause’, and through this mistake come to a standpoint from which certain factors which influence the growth of International Law appear as a sources of rules of Law of Nations. This mistake can be avoided by going back to the meaning of the term ‘source’ in general. Source means a spring or well, and has to be defined as the rising from the ground of a stream of water. When we see a tream of water and want to know whence it comes, we follow the stream upwards until we come to the spot where it rises naturally from the ground. On that spot, we say, is the source of the stream of water. We know very well that this source is not the cause of the existence of the stream of water. Source signifies only the natural rising of water from a certain spot of the ground, whatever natural causes there may be for that rising. If we apply the conception of source in this meaning to the term ‘source of law’, the confusion of source with cause cannot arise. [...] Of course, rules of law do not rise from a spot on the ground as water does; they rise from facts in the historical development of a community. Thus, in this country a good many rules of law rise every year from the Acts of Parliament. ‘Source of Law’ is therefore the name for an historical fact out of which rules of conduct rise into existence and legal force” (OPPENHEIM, 1905. p. 20-21). “The fact is that States need and want international law, as the framework within which they conduct their mutual relations. This is not only an international need. It is now also a domestic need. Domestic public opinion, especially parliamentary opinion, frequently requires to know the authority under international law for a given action. Increasing international intercommunication of individuals is bringing more international law questions into national courts. This functional approach makes it unnecessary for the practising international lawyer to engage in philosophical speculations, interesting though they may be, about whether ‘international law’ is or is not ‘law’, or what is its binding force and how it is derived” (ROSENNE, 2001, p. 48).

convencional para certos Estados e um fundamento costumeiro para outros.

Há a necessidade, por conseguinte, de identificar se determinado conceito jurídico é, ou não, uma norma para, na sequência, aferir se esta é geral ou restrita a um número determinado de Estados (que celebram um tratado estabelecendo-a, por exemplo) e, só então, demonstrar em qual categoria de fonte normativa esta se enquadra para fins de aplicação dentro de um sistema jurídico.

Justamente por essa razão, resta claro que as normas de direito internacional público somente podem ser encontradas no campo dos fatos, vale dizer, enquanto representação das condutas que os membros da comunidade internacional (no caso de uma norma geral) ou daqueles Estados contratantes (no caso de normas bi ou multilaterais) entendem como jurídicas.

A disciplina das fontes, vale dizer, onde encontrar essas normas, é coisa diversa, que guarda relevância com o presente estudo na medida em que serve a definir de que maneira a norma será aplicada a cada caso.

Por conseguinte, é de se ter por assente a possibilidade de encontrar normas fora das categorias previstas no rol taxativo previsto no artigo 38 (1) (c) da Corte Internacional de Justiça¹⁷⁵. A partir do momento que uma norma é identificada, há se perquirir sobre o enquadramento desta dentro das fontes de direito internacional, para fins de observar sua aplicação.

Ainda assim, é difícil admitir que as alíneas do inciso 1 do artigo 38 elenquem todas as fontes possíveis de direito internacional, haja vista que, dada a dinamicidade deste sistema jurídico e sua crescente

¹⁷⁵ “Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem.”. (BRASIL, 1945)

expansão¹⁷⁶, aquelas acabam por não abarcar todas as possibilidades existentes de mecanismos de produção normativa. Admite-se, pois, além de normas, a existência de fontes fora do rol previsto no aludido dispositivo¹⁷⁷.

De qualquer sorte, a existência ou não de taxatividade apenas tangencia o objeto do presente estudo, eis que se pretende avaliar a possibilidade de o desenvolvimento sustentável se enquadrar enquanto norma de direito internacional em categoria de fonte que é prevista na norma legal, qual seja, princípio geral de direito internacional, norma que pode ser inserta tanto no artigo 38 (1) (a) quanto no artigo 38 (1) (c) do Estatuto.

Adota-se, neste enquadramento, a visão antiformalista de Ian Brownlie, o qual reconhece que a categoria dos princípios de direito internacional, enquanto norma de natureza geral, pode ser encaixada tanto na alínea “a” do inciso (1) artigo 38 do Estatuto, que abarca as normas de direito internacional geral, quanto dentro do conceito de princípios, previstos na alínea “c” do mesmo dispositivo, o que, de nenhuma forma, retira-lhes o caráter normativo geral e de aplicação a todo o ordenamento jurídico internacional, apenas difere quanto ao método de atuação dentro de cada caso concreto¹⁷⁸.

¹⁷⁶ “That provision, itself a compromise, is not well drafted. It is outdated and does not meet modern requirements. It has led to much controversy and misunderstanding, especially on the theoretical and philosophical level. It is a political statement drawn up in political organs, the Assembly of the League of Nations in 1920 and the San Francisco Conference at which the United Nations was established in 1945. It is not a hierarchical listing of the materials, although treaties come first since a treaty is normally, in relation to customary law, *lex specialis* for its parties. What that means can be stated briefly.” (ROSENNE, 2001, p. 49).

¹⁷⁷ “O artigo 38º pode ser, porém, criticado: é ambíguo nalgumas das suas formulações e sobretudo não fornece uma lista exaustiva das fontes formais do direito internacional contemporâneo. Não foram referidas fontes importantes, tais como os actos unilaterais dos Estados e as decisões das organizações internacionais” (DIHN; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 116). No mesmo sentido, posicionam-se ANZILOTTI (1964); GIOIA (2006); BRONLIE (2003); TOUSCOZ (1993); CASSESE (2005).

¹⁷⁸ “The rubric may refer to rules of customary law, to general principles of law as in Article 38 (1) (c), or to logical propositions resulting from judicial reasoning on the basis of existing international law and municipal analogies. What is clear is the inappropriateness of rigid categorization of the sources.” (BRONLIE, 2003, p. 18). Em contrário, admitindo que os princípios gerais de direito internacional são fontes de direito costumeiro, posicionam-se

Dessa maneira, irrelevante para a aferição de seu caráter normativo se a norma de natureza geral se trata de um princípio de direito internacional ou de um costume; vale dizer, irrelevante seu enquadramento dentro de uma alínea específica do artigo 38 do Estatuto, até porque esta classificação carece de resultado prático, dada a ausência de hierarquia entre as fontes¹⁷⁹. A importância, como exposto, é para fins de aplicação desta.

Quanto às normas de natureza bilateral, para comprová-las, basta que dois ou mais Estados tenham pactuado (pela via de um tratado ou por meio do costume, por exemplo) que, nas relações jurídicas existentes entre estes em determinado campo dos fatos (ou em todos os campos dos fatos), uma norma guiará e norteará suas condutas.

A questão é menos simples para a caracterização de uma norma como geral, haja vista que, salvo a existência de um tratado que abarque a grande parte da comunidade internacional, há a necessidade de comprovação de que sua aceitação seja ampla tanto no que toca aos sujeitos como aos âmbitos de aplicação, para que possua a generalidade necessária para justificar sua aplicação a todo o ordenamento¹⁸⁰.

Essa generalidade de aceitação requer, consoante registra a doutrina de uma maneira pacífica, a presença de dois requisitos, quais

CONFORTI (1999, p.44); mais modernamente, e no mesmo sentido, ROSENNE (2001, p. 49).

¹⁷⁹ “The first question which arises is whether paragraph 1 creates a hierarchy of sources. They are not stated to represent a hierarchy, but the draftsmen intended to give an order and in one draft the word ‘successively’ appeared.” (BRONLIE, 2003, p.5).

¹⁸⁰ Importante destacar que não se pode confundir a inexistência de hierarquia entre as fontes com a inexistência de hierarquia entre as normas jurídicas. Nesse sentido: “*Para as fontes, não existe hierarquia em direito internacional [...] A ausência de hierarquia das fontes só vale para o direito interestatal. O mesmo não se verifica nos sistemas jurídicos mais organizados tal como aqueles que são elaborados dentro das organizações internacionais [...] A ausência de hierarquia a priori entre fontes formais não tem como consequência a ausência de qualquer relação entre estas fontes. É muitas vezes necessário conciliar várias fontes no estágio de elaboração ou da prova do direito positivo [...] O facto de as fontes formais não serem hierarquizadas não leva a concluir que não exista hierarquia entre as normas jurídicas. Esta hierarquia não poderá evidentemente deduzir-se do fundamento destas fontes, porque se trata de fontes formais (que não são hierarquizadas). Mas pode ser resultante de outras características: o grau relativo de generalidade das regras em causa, a sua posição cronológica, por exemplo*” (DIHN; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 117).

sejam, a reiterada prática e a consciência de que o respeito à norma se dá em razão de uma necessidade jurídica¹⁸¹.

Brownlie afirma, no que é acompanhado por Cassese, no que toca especificamente aos princípios, que sua existência enquanto norma geral não está diretamente conectada com a prática dos Estados, pelo que esta é um elemento prescindível para a caracterização da norma¹⁸².

Nesse particular, registra Christina Voigt que a principal diferença entre os princípios gerais de direito internacional e as normas costumeiras é que os Estados ficam sujeitos aos princípios gerais após participarem do desenvolvimento da norma, de modo que a prática reiterada em seus ordenamentos internos e em suas relações com os demais membros da comunidade internacional não lhe é elemento inerente, muito embora possa ser mais uma evidência que, de fato, houve a sedimentação da norma¹⁸³.

Afirma-se, assim, juntamente com Voigt, que, para que uma norma de direito internacional possa ser enquadrada dentro da categoria dos princípios de direito internacional, deve-se demonstrar que estas foram aceitas de uma maneira ampla pela comunidade internacional - comprovada essa aceitação por meio de diversos métodos não adstritos à

¹⁸¹ Dentre os diversos doutrinadores que comungam desta aceção, cita-se pela didática explicação, o escólio de Anzilotti, para quem “l'accordo tacito si ha quando la volontà degli Stati d'impegnarsi a tenere reciprocamente un dato comportamento risulta dai fatti. Allorchè la detta volontà si manifesta con la costante ripetizione di un dato modo d'agire in date circostanze, si parla più propriamente di *consuetudine* (tacitum pactum): norma osservata di fatto con la convinzione di osservare una norma giuridica. Nei rapporti internazionali si ha una *consuetudine giuridica*, anzichè una semplice norma del costume, quando gli Stati si comportano di fatto in un dato modo, avendo la convinzione di essere obbligatoriamente tenuti a farlo”. (ANZILOTTI, 1964, p.71-72).

¹⁸² “They are primarily abstractions from a mass of rules and have been so long and so generally accepted as to be no longer *directly* connected with a state practice” (BRONLIE, 2003, p. 19). Em complemento, Cassese salienta que “estes estão imersos nos interstícios da rede normativa, e identifica-los não é tarefa realizada somente por meio da aferição da prática, mas admite uma ampla gama de métodos, como, por exemplo, a dedução a partir da lógica legal internacional”. (CASSESE, 2005, p. 190).

¹⁸³ “The most distinct difference to customary norms is that states become bound by general principles after actively having participated in the development of the norm. Thus, State practice is generally not required for the establishment of a general principle. General principles extend ‘the concept of the sources of international law beyond the limit of legal positivism, according to which the States are bound only by their own will’ (VOIGHT, 2009, p. 149).

prática interna - a qual as respeita a partir do entendimento de que se trata de uma conduta a que estão obrigados por uma norma jurídica¹⁸⁴.

Outro aspecto relevante que deve ser esclarecido a fim de se aferir com razoável grau de certeza científica que uma norma se constitui em um princípio de direito internacional e não em uma regra relativa a determinado segmento do sistema é a diferença basilar entre princípios e regras¹⁸⁵ e mais, qual a relação daqueles com os objetivos que a comunidade internacional adota para nortear suas ações. Gerald Fitzmaurice (1957, p. 7) se debruçou sobre a temática, e concluiu que:

Por princípio, ou princípio geral, em oposição a uma regra, ainda que seja uma regra geral, de direito entende-se principalmente algo que não é em si mesmo uma regra, mas subjaz uma regra, explica e provê a razão para ela. Uma regra responde à pergunta “o quê”; um princípio, efetivamente, responde à pergunta “por quê”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ “In can thus be said that general principles are norms adopted by the international community, whether the norm is derived from municipal law or not. They are norms of general validity which is manifested not in a single statutory provision, but by a group of mutually interdependent legal rules or their system” (Ibid., p. 156).

¹⁸⁵ Sobre a diferença entre princípios e regras de direito (não necessariamente internacional), importante destacar os ensinamentos de Cristiane Derani, para quem “princípios são normas que dispõem a respeito de algo a ser realizado o mais amplamente possível dentro das relativas possibilidades de direito e dos fatos. Princípios são, portanto, mandados de otimização (*Optimierungsgebote*) com a característica de poderem ser preenchidos em diferentes graus. A medida deste preenchimento depende não somente dos fatos como também das possibilidades abertas pelo direito. A área das possibilidades do direito é delimitada pelo conjunto de princípios e regras vigentes. [...] Em contrapartida, regras são normas, que podem ser ou não preenchidas, ficando descartada uma graduação de preenchimento. Quando uma norma vale há, então, um mandamento para fazer exatamente aquilo que ela exige, nada mais ou menos. As regras contêm, com isto, estipulações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção hierárquica em grau de importância” (DERANI, 2008, p. 24).

¹⁸⁶ “By a principle, or general principle, as opposed to a rule, even a general rule, of law is meant chiefly something which is not itself a rule, but which underlies a rule, and explains or provides the reason for it. A rule answers the question ‘what’; a principle in effect answers the question ‘why’. In the event of

Ou seja, o princípio está diretamente arraigado à noção de justiça que uma comunidade possui, à razão, entendida como jurídica, por que adotar uma determinada conduta. O princípio, portanto, é norma que se diferencia das regras uma vez que norteia a aplicação destas (que se encontram a ele subjacentes), as quais serão ou não aplicáveis ao caso concreto.

Na sentença arbitral que decidiu sobre o Caso Gentini, de 1903, restou consignado, no mesmo sentido que o exposto por Fitzmaurice, que:

uma regra é essencialmente prática e, sobretudo, vinculante [...] um princípio expressa uma verdade geral, que guia nossas ações, serve como base teórica para vários atos de nosso vida e cuja aplicação produz uma determinada consequência, variável¹⁸⁷.

Ou seja, os princípios diferenciam-se das regras, no campo do direito internacional, por abarcarem valores que guiam as ações dos Estados, os quais são amplamente aceitos pela comunidade internacional e devem ser aplicados por esta naturalmente, com um senso de justiça. Diferentemente das regras, os princípios tem uma aplicação variável a cada caso, a depender de modulação a ser operada.

Por essa razão, pode-se afirmar com aval no escólio de Christina Voigt que certa indeterminação é uma condição inerente aos princípios gerais de qualquer ordenamento, os quais devem ser amplos e possuir uma textura aberta, deixando espaço para que haja especificação por meio de outras regras.

Ainda, é precisamente em razão dessa “natureza inacabada” que alguns princípios gerais são apropriados a preencher as lacunas e

any dispute as to what the correct rule is, the solution will often depend on what principle is regarded as underlying the rule”. (FITZMAURICE, 1957, p. 7).

¹⁸⁷ “It will be noted that the declaration of the court had reference not to the principle of prescription, but to the rules with which civil law had surrounded it. A “règle” as we are told in Bourguignon & Bergerol’s Dictionnaire des Synonymes — est essentiellement pratique et, de plus, obligatoire * * *; il est des règles de l’art comme des règles de gouvernement, while principle (principe) exprime une vérité générale, d’après laquelle on dirige ses actions, qui sert de base théorique aux divers actes de la vie, et dont l’application à la réalité amène telle ou telle conséquence.” (UNITED NATIONS, 1903, p. 556).

resolver conflitos deixados por outras normas de direito internacional, como aquelas fixadas pelos tratados e pelo costume, por exemplo¹⁸⁸.

Como último aspecto acerca da característica dos princípios gerais de direito internacional, merece referência o magistério de Duncan French, o qual sinaliza que os princípios de direito internacional não somente estabelecem os objetivos que a comunidade internacional pretende atingir, como também funcionam como elementos que guiam as negociações, a implementação e a interpretação de obrigações internacionais¹⁸⁹.

Pode-se dizer, por conseguinte, que uma norma de direito internacional, aferível por meio da recepção, pela comunidade, de uma determinada conduta como juridicamente vinculante, será enquadrada como princípio geral quando: a) carregue consigo um objetivo firmado pela comunidade internacional que funcione como elemento norteador e orientador das atitudes dos Estados; b) que este seja amplamente aceito pela comunidade internacional como norma jurídica; c) e que haja uma variante psicológica de que o respeito à aludida conduta se dá em razão de uma necessidade jurídica.

Quanto à sua função no ordenamento jurídico internacional, entende-se que razão assiste a Cassese, o qual afirma com clareza que os princípios gerais constituem a espinha dorsal do ordenamento jurídico internacional e representam o cimento que une os diversos ramos deste sistema normativo¹⁹⁰. Andrea Gioia, no mesmo sentido, afirma que estes

¹⁸⁸ “General principles, however, must necessarily comprise of such quality. They are inherently broad and open-textured, leaving room for specification by other norms of international law. As such, they are never ‘finished products’. It is a ‘continuing process’ from their identification to the final determination of the principle’s content in a particular context. And yet, it is precisely this ‘unfinished nature’ of general principles that makes them appropriate for ‘filling the gaps’ left open by a treaty and custom”. (VOIGHT, 2009, p. 152).

¹⁸⁹ “There is no doubt that principles are significant drivers of change. They not only establish the objectives which the international community aspires to achieve, but they also provide much-needed guidance in the negotiation, implementation and interpretation of other international obligations.” (FRENCH, 2005, p. 52).

¹⁹⁰ “General principles constitute both the backbone of the body of law governing international dealings and the potent cement that binds together the various and often disparate cogs and wheels of the normative framework of the international community”. (CASSESE, 2005, p. 152).

dão coesão ao ordenamento e a eles se pode recorrer para dar a adequada interpretação às normas de direito internacional¹⁹¹.

Essas, pois, são as características básicas mais relevantes para que uma determinada norma internacional seja conceituada enquanto princípio geral de direito internacional.

2.3.2 O desenvolvimento sustentável enquanto princípio geral de direito internacional

Em que pese termos adotado o entendimento de Brownlie e Cassese de que para comprovar a existência de um princípio de direito internacional não é necessário demonstrar a adoção destes pela maioria dos Estados por meio de normas jurídicas (internas ou internacionais), a análise que se pretende minimamente científica deve esgotar as hipóteses de sorte a considerar também que se entenda em contrário.

Por essa exclusiva razão, adota-se como ponto de partida para a investigação a clássica definição da Corte Internacional de Justiça sobre os critérios necessários para reconhecer que uma norma é um princípio aceito pelo direito internacional geral, a qual foi cunhada no julgamento da Plataforma Continental do Mar do Norte, de 1967:

um requerimento indispensável seria considerar se, no período em questão, embora possa ser curto, a prática dos Estados, incluindo aqueles cujos interesses estão sendo particularmente afetados, foi tanto extensiva quanto uniforme no senso da disposição invocada; e ainda se ocorreu de maneira a demonstrar um reconhecimento geral que uma norma ou uma obrigação legal esteve envolvida¹⁹².

¹⁹¹ “Si trata, quindi, di principi che non richiedono di essere formulate da una fonte di norme giuridiche, ache se ciò talvolta accade, e che funzionano, appunto, soprattutto come principi per l’integrazione delle norme dell’ordinamento; ad essi, si può, inoltre, ricorrere per dare delle norme esistenti la corretta interpretazione.” (GIOIA, 2006, p.23).

¹⁹² “an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it may be, state practice, including that of states whose interests are specifically affected, should have been both extensively and virtually uniform in the sense of the provision invoked; and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved”. (ICJ, 1969, §43).

Portanto, deve-se comprovar a existência de um reconhecimento geral de que a disposição é uma norma, de que possui um conteúdo e assim é aplicada pelos Estados e, finalmente, que a aplicação da norma se dá em razão do elemento psicológico de que se trata de uma obrigação natural ou legal.

Conforme salientado ao longo da presente exposição (itens 1 e 2), o desenvolvimento sustentável possui suas origens na prática dos Estados em período muito anterior à sua aparição em um documento internacionalmente relevante e juridicamente vinculante¹⁹³.

Durante todo o percurso histórico, aquele que veio a se tornar o conceito de desenvolvimento sustentável esteve impregnado tanto na prática estatal no campo dos fatos quanto em instrumentos jurídicos, na tentativa de amarrar dois campos do direito internacional público: aquele voltado à economia e à proteção do meio ambiente.

Isto se deu a partir da mudança de paradigma operada no campo da comunidade internacional de que resta inviável analisar a disciplina relativa a algum direito previsto no regramento jurídico da economia de maneira estanque e sem considerar as necessidades de proteção ambiental que ele acarreta, eis que a base da exploração econômica é justamente a natureza.

Isso implicou no reconhecimento de que a conservação e a manutenção das bases naturais é elemento indispensável para a própria perpetuação do modelo de produção vigente.

Os Estados passaram a considerar o meio ambiente, assim, não mais como antagônico do processo de crescimento econômico, mas como elemento necessário para a própria viabilização deste; como sua outra face, embora autônoma.

Esta noção se intensificou ao longo do tempo, refletida por meio dos tratados internacionais correlatos, e passou por nova ressignificação, para considerar que o crescimento econômico não é um fim em si mesmo, mas um processo que deve cumular com a promoção do desenvolvimento humano – o qual é a finalidade daquele.

A partir desta constatação, passa-se a desenvolver um arcabouço normativo voltado à garantia do chamado direito ao desenvolvimento, o qual se materializa por meio da garantia de outros direitos a ele

¹⁹³ Nesse sentido, necessário fazer menção ao trabalho magistral do professor Dire Tladi, intitulado *Sustainable Development in International Law*. Para o sul-africano, “the concept of sustainable development clearly owes its evolution to a distinct interstate process beginning with the Stockholm process and the Founex meeting in particular”.

correlatos, de cunho mormente social, e considerados como fundamentais – vida, saúde, educação, emprego, moradia, etc.

Ou seja, a comunidade internacional passa a aceitar, pela prática reiterada refletida em sua concordância manifestada pela adoção de diversos instrumentos normativos ao longo do tempo (remete-se aos itens 1 e 2, por economia), que o crescimento econômico enquanto direito, para ser efetivado, estava conectado tanto (i) à garantia de proteção ambiental para a manutenção das bases naturais e (ii) à efetivação de outra gama de direitos ligados ao viés social.

A ampla maioria dos Estados, para não se utilizar do sempre incerto termo “totalidade”, prestou seu consentimento a esta mudança de paradigma e positivou-a em instrumentos jurídicos que foram sendo renovados e aperfeiçoados ao longo do tempo.

Da prática, e da necessidade de positivação no campo dos acordos e tratados internacionais, surge o estabelecimento de um novo conceito que passa a contemplar a necessidade, tida por jurídica, de promover o desenvolvimento sustentável – que compreende a necessidade de integrar, no processo de desenvolvimento, aspectos de natureza ambiental.

Esta necessidade, transpassada ao plano jurídico, implica em avaliar, quando da concretização da norma ao fato, o atendimento aos princípios e regras ambientais, sociais e econômicas aplicáveis à espécie.

A realidade não se altera depois de sua positivação em um instrumento jurídico pragmático – a declaração do Rio, de 1992. Pelo contrário. A partir daí, o desenvolvimento sustentável passa a figurar em importantes declarações (*soft-law*) e tratados internacionais (*hard law*) que relacionam desenvolvimento (compreendido o econômico e social) e proteção ao meio ambiente como elementos integrados e complementares que não podem ser analisados dissociadamente.

Esta prática acabou por ser posta em um instrumento jurídico específico, o Princípio 4 da Declaração do Rio, cujo teor convém colacionar novamente:

Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.

Tinha-se, pois, uma prática reiterada dos Estados no sentido de identificar no conceito de desenvolvimento sustentável um valor da comunidade internacional que necessitava ser atingido. Esta prática se

perpetuou desde suas origens, passando pela evolução normativa experimentada, e se seguiu durante todos os tratados, declarações e demais instrumentos normativos a que se fez referência no item 2.

Não só declarações políticas, tratados ou instrumentos de *soft-law*¹⁹⁴ acolheram o compromisso dos Estados em regular suas condutas tendo como norte o desenvolvimento sustentável. Em particular, a jurisprudência internacional também reconheceu que o conceito encontra ressonância na prática reiterada dos Estados, consoante se verifica do seguinte excerto extraído do parágrafo 140 do acórdão que julgou o caso *Gabčíkovo-Nagymaros*:

Devido a novos conhecimentos científicos e uma consciência global dos riscos para a humanidade – para as presentes e futuras gerações – que a busca de tais intervenções em uma velocidade desmedida e desenfreada pode acarretar, novas normas e padrões foram desenvolvidos, estabelecidos em um grande número de instrumentos durante as duas últimas décadas. Essas novas normas foram levadas em consideração, e a tais modelos foi dado o peso adequado, não somente quando os Estados realizam novas atividades, mas também quando continuam aquelas já iniciadas no passado. Essa necessidade de reconciliar desenvolvimento econômico com proteção do meio ambiente é apropriadamente expressada no conceito de desenvolvimento sustentável¹⁹⁵.

A existência desta prática reiterada dos membros da comunidade internacional na adoção e implementação do desenvolvimento sustentável é descrita por Marie-Claire Cordonnier Segger de maneira magistral.

A autora afirma, citando exemplos que vão desde o campo dos tratados internacionais até a adoção de normativas e políticas internas dos Estados, que as evidências da existência de uma prática reiterada dos membros da comunidade internacional em promover o desenvolvimento sustentável é ampla, significativa, volumosa e pode ser

¹⁹⁴ Acerca da atuação e da importância dos instrumentos de *soft law* no campo do direito internacional do meio ambiente, recomenda-se a leitura de Dupuy (1991, p. 420 e ss.).

¹⁹⁵ Ver nota 149.

facilmente verificada¹⁹⁶. Nesse sentido, e ante todo o que restou exposto durante os itens 1 e 2, resta suficientemente demonstrada a existência de

¹⁹⁶ “The evidence of some form of international commitment by States to promote sustainable development is significant and weighty. There have been near-universal ratifications of treaties such as the *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC) which has 192 Parties, the *United Nations Convention on Biological Diversity* (UNCBD) which has 190 Parties, and the *United Nations Convention to Combat Desertification and Drought* (UNCCD) which has 191 Parties. As will be further discussed below, these treaties (among many others) contain significant obligations on sustainable development relating to the integration of environmental protection into the development process (and *vice versa*). While it is not clear whether States are integrating environmental protection and development due to their obligations under these treaties in the context of climate change, biodiversity and desertification, or simply as a general practice (which could be evidence of a customary principle), the practices themselves are certainly being undertaken. For instance, in the context of UNCCD, States as diverse as Burundi, the Philippines and Turkey have set National Action Plans in place to establish and strengthen economic mechanisms for more sustainable natural resources management, and to promote new sustainability projects to recover land subject to desertification. There are also evidence of State practice in the universality of official announcements from Heads of State and governments supporting and committing to sustainable development through the integration of environmental protection and socio-economic development from Stockholm, Rio, and Johannesburg. [...] There are records of statements and formal notes from Ministers and senior officials expressing their country’s commitments to sustainable development through fifteen years of meetings by the United Nations Commission on Sustainable Development in New York. [...] There are also records of votes adopting sustainable development policies, strategies and objectives in many international institutions, including the UN General Assembly, the UNEP Governing Council, and the European Commission. [...] States have directed the World Bank Group, the Asian Development Bank, the African Development Bank, the Inter-American Development Bank and the European Bank for Reconstruction and Development, among others, to implement policies which ensure that their programmes will promote sustainable development. [...] Regional organizations have, also under direction from their Member States, created departments or sections that focus on sustainable development. [...] A brief survey of State pleadings (and the decisions of judges) from international courts the *Nuclear Tests* cases, the *Certain Phosphate Lands in Nauru* case, the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, the *Iron Rhine* Arbitration, and the recent *Pulp Mills on River Uruguay* case, demonstrates that a broad array of States are willing to appeal to arguments related to certain elements of sustainable development in international tribunal processes. [...] There is also increasing State practice in national legislation on

uma aceitação reiterada do desenvolvimento sustentável enquanto norma de direito internacional pela comunidade internacional.

Ainda, quanto à *opinio iuris*, da análise do direito dos tratados, da *soft-law*, bem como dos atos unilaterais e das resoluções das organizações internacionais (notadamente as já citadas nos itens 1 e 2), pode-se depreender que há fortes evidências no sentido de que ampla gama de Estados adota e aplica o desenvolvimento sustentável tendo a noção de que estão a cumprir uma norma de direito internacional e mais, que esta pode ser categorizada como princípio¹⁹⁷.

Ian Brownlie afirma que a prática da Corte Internacional de Justiça revela a possibilidade de adoção de duas abordagens. Primeiramente, no sentido de que da própria evidência de uma prática reiterada confere as bases necessárias a afirmar a existência do requisito. Uma segunda abordagem, mais rígida e adotada em poucos casos, exige que haja ampla gama de elementos positivos a confirmar que a aludida norma está sendo adotada em razão da consciência dos membros da comunidade estarem cumprindo uma norma jurídica¹⁹⁸.

sustainable development that seeks to integrate environmental and social concerns into the development process. [...] In sum, there is ample, significant and voluminous evidence of State practice making commitments to sustainable development [...] it certainly demonstrates more than a simple repetition of a term. Indeed, the evidence overwhelmingly indicates that States make commitments to sustainable development either as a goal, an approach or explicitly as a principle, and that they do so in order to ensure that environmental protection is taken into account in the socio-economic development process, integrating environmental, social and economic aspects of development.” (SEGGER, 2008, p.129-138).

¹⁹⁷ Nesse sentido, registra Philippe Sands (2003, p. 138) que as evidências da existência da *opinio iuris* podem ser encontradas em diversas fontes de direito internacional, incluindo expressões constantes em atos das organizações internacionais e outros encontros da mesma natureza (*soft-law*), declarações feitas por representantes de Estados e a conclusão de tratados. “Proving the existence of *opinio juris* will always be a difficult task, since it requires consideration of the motives underlying state activity. It has been suggested that it can be found from a number of sources, including: expressions of beliefs regarding acts of international organizations and other international meetings; statements made by representatives of states; and the conclusion of treaties”.

¹⁹⁸ “In terms of the practice of the International Court of Justice – which provides a general guide to the nature of the problem – there are two methods of approach. In many cases the Court is willing to assume the existence of an *opinion iuris* on the bases of evidence of general practice, or a consensus in the literature, or the previous determinations of the Court or other international

Destaca-se, nesse sentido, no campo da *soft-law*, a resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas que adotou o Relatório Brundtland, por meio do qual foi positivada a fórmula relativa ao desenvolvimento sustentável mais adotada no campo do direito internacional:

Acreditando que o desenvolvimento sustentável, o qual implica em atender às necessidades das presentes gerações sem comprometer a possibilidade de as futuras gerações atenderem suas próprias necessidades, deve se tornar um princípio orientador central das Nações Unidas, Governos e instituições privadas, organizações e empresas. (UNITED NATIONS, 1987).

Ainda, além dos tratados já citados que se seguiram a esta declaração, pode-se depreender a aceitação de ampla gama de Estados a se submeter ao desenvolvimento sustentável enquanto princípio jurídico, por exemplo, de tratados regionais, como o Tratado da União Europeia¹⁹⁹ e o Acordo de Cotonou, bem como daquele que institui a União Africana, por exemplo.

Também de ampla gama de tratados multilaterais, como, por exemplo, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e a Convenção das Nações Unidas para o Combate à Desertificação e à Seca, tal qual já salientado.

Da prática jurisprudencial, percebe-se que os próprios Estados, ao submeterem controvérsias à Corte Internacional de Justiça, declaram ser aplicável o princípio do desenvolvimento sustentável à lide. Nesse sentido, em petição conjunta entre Hungria e Eslováquia no caso *Gabčíkovo Nagymaros*, consignou-se que as ambas as partes:

tribunals. However, in a significant minority of cases the Court has adopted a more rigorous approach and has called for more positive evidence of the recognition of the validity of rules in question in practice of states. The choice of approach appears to depend upon the nature of the issues (that is, the state of the law may be a primary point in contention), and the discretion of the Court". (BRONLIE, 2003)

¹⁹⁹ "DETERMINADOS a promover o progresso económico e social dos seus povos, tomando em consideração o princípio do desenvolvimento sustentável e no contexto da realização do mercado interno e do reforço da coesão e da proteção do ambiente, e a aplicar políticas que garantam que os progressos na integração económica sejam acompanhados de progressos paralelos noutras áreas".

[...] concordam que o princípio do desenvolvimento sustentável, tal qual formulado no Relatório Brundtland, na Declaração do Rio e na Agenda 21, é aplicável a esta disputa²⁰⁰.

É inegável, a partir da análise destas fontes de direito internacional, que os Estados entendem ser jurídica a razão pela qual adotam a norma do desenvolvimento sustentável.

Christina Voigt (2009, p. 183), no que tange à presença da chamada “consciência legal internacional”, afirma categoricamente ser praticamente incontável - nas mais diversas áreas do direito internacional público e privado - o número de fontes por meio das quais se identifica que o desenvolvimento sustentável foi adotado pela comunidade internacional como um princípio de direito internacional, razão pela qual conclui que este se enquadra como tal²⁰¹.

Embora a conclusão não seja a mesma, também a professora canadense Marie-Claire Cordonnier-Segger compartilha da visão de que existe fundamentada base jurídica que sustenta a existência de *opinio iuris* no sentido de ser o desenvolvimento sustentável uma norma geral, vinculante.

Isso pois a autora afirma que, claramente, há uma grande prática geral dos Estados no sentido de se submeterem ao desenvolvimento sustentável por se sentirem obrigados a tanto em razão de uma norma jurídica, tal qual já salientado²⁰².

²⁰⁰ “Hungary and Slovakia agree that the principle of sustainable development, as formulated in the Brundtland Report, the Rio Declaration and Agenda 21 is applicable to this dispute”. Cit. n. 17 (90).

²⁰¹ “In uncountable ways, States, IGOs, NGOs, business associations, even multinational corporations have made reference to sustainable development. Global education programmes, e.g. the UN Decade, and the Earth Charter, national legislation, political declarations and administrative guidelines incorporate sustainable development. Sustainable development as an integrationist principle has been endorsed by nearly all areas of society: politics, law, ethics, economics, corporate responsibility, communication, education, agriculture, architecture, etc. From our observations in chapter 1 it can thus be concluded that the principle of sustainable development has become part of the ‘universal public opinio’, *opinion juris communis*”. (VOIGT, 2009, p. 183).

²⁰² “In sum, in considering evidence to support the existence of a principle of customary international law on sustainable development, there is clearly a great deal of general state practice committing to sustainable development, and there appears to be a certain weight of *opinion juris* which supports the proposal that

Ian Brownlie, por sua vez, alterou seu entendimento acerca do *status* jurídico do desenvolvimento sustentável no campo do direito internacional. Na 6ª edição de seu trabalho, *Principles of International Law*, o professor passa a considerar que o desenvolvimento sustentável é um princípio emergente de direito internacional, muito embora afirme que ainda não há elementos suficientes para categorizá-lo como tal.

Dentre os internacionalistas, além de Brownlie, deve-se destacar a preocupação de Jean Toscouz com a existência de princípios internacionais voltados ao meio ambiente, trazendo ele também a ideia de que a sustentabilidade se enquadra nesta categoria. Pela época em que foi escrita a obra, todavia, não se fez uso da expressão ‘desenvolvimento sustentável’²⁰³.

states do this because they feel bound by some form of international law (recognized in treaty and emerging as customary).” (SEGGER, 2008, p. 141).

²⁰³ É fato, e deve ser destacado, que a larga maioria dos internacionalistas não considera o desenvolvimento sustentável como um princípio de direito internacional público. Isso, via de regra, por dois aspectos. Primeiramente, não se encontra, e nem poder-se-ia encontrar, referência a este princípio nos clássicos, como Francisco de Vitória, Hugo Grotius, Karl Heinrich Triepel, Alberico Gentili, Pasquale Stanislao Mancini, Dionisio Anzilotti, Alfred Verdross, Emmerich de Vattel, Donato Donati, Hans Kelsen, L. Oppenheim, por exemplo. Isso por uma questão evidente: o desenvolvimento sustentável é termo que surge na década de 80 e se desenvolve a partir daí, de sorte que requerer sua indicação em qualquer obra anterior a esta se mostra absolutamente inviável – não obstante, em alguns casos, se verifique, como demonstrado, referências à seu conteúdo material, qual seja, a necessidade de integrar ordenamentos jurídicos da economia e do meio ambiente quando da análise de um caso concreto. Por outro lado, e em segundo lugar, há, entre os internacionalistas contemporâneos, grande dificuldade em identificar e trabalhar com os princípios gerais de direito internacional. Não há qualquer unanimidade na doutrina, eis que alguns os consideram como os princípios oriundos dos direitos internos dos Estados e como fontes subsidiárias do direito internacional (Conforti, por exemplo), outros como verdadeiras normas cogentes e aplicáveis ao ordenamento jurídico (Cassese e Brownlie, para citar alguns). Mais que a função, há uma dificuldade na doutrina em indica-los e estabelecer um rol de quais são os princípios – o que se mostra, também, inviável, sob pena de pretender tornar estanque o dinamismo inerente ao direito internacional público. Em segundo lugar, pois a matéria ambiental não é, até o momento, objeto de grande preocupação dos internacionalistas puros – nesse aspecto destoia a obra de Malgosia Fitzmaurice, com seu *International Protection of The Environment*, publicado pela Martinus Nijhoff Publishers (2002).

No Brasil, destaque para a obra de Guido Soares, que trata da temática e inclui o desenvolvimento sustentável dentro dos princípios de direito internacional, depois da aceitação da Declaração do Rio, de 1992²⁰⁴.

Dentro dos estudiosos do Direito Internacional do Meio Ambiente, há uma abordagem bem mais significativa sobre a temática, muito embora não se encontre uma unanimidade na doutrina acerca do *status* do desenvolvimento sustentável como princípio de direito internacional público²⁰⁵.

Todavia, não nos parece haver dúvidas quanto ao fato de que, dada sua evolução histórica e presença maciça no campo do direito internacional público, ele ocupe esta posição.

Ora, comprovada a existência de reiterada prática dos Estados no campo do direito internacional, aliada ao fato de que esta ocorre em razão de os membros da comunidade internacional se sentirem obrigados a fazê-lo em razão de uma norma jurídica, extrai-se, sempre a partir da posição abalizada de Christina Voigt, duas conclusões.

Primeiro, que o desenvolvimento sustentável é, sim, um princípio de direito internacional geral, destinado a promover a integração do regramento jurídico internacional do meio ambiente quando da aplicação de normas de mesma natureza relacionadas à economia e ao campo social, dando coesão ao ordenamento de forma a atender tanto as exigências de proteção ambiental quanto de desenvolvimento, tendo por limite para tal integração a própria manutenção das bases naturais da

²⁰⁴ Não se encontra referência ao desenvolvimento sustentável na obra de outros internacionalistas brasileiros, nem clássicos como Celso D. Albuquerque de Mello (Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1978), José Dalmo Fairbanks Belfort de Matos (Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 1979), Oliveiros Litrento (Manual de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Forense, 1979), Hildebrando Accioli, na obra revisada pelo embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva (Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 1998), nem contemporâneos, como Francisco Rezek (Direito Internacional Público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2011) ou Alberto do Amaral Júnior (Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2012).

²⁰⁵ Dentre os diversos autores citados, há de se destacar, em posição diametralmente oposta àquela que se adota por meio do presente estudo, a obra de Vaughan Lowe (1999, p. 26), para quem “the argument that sustainable development is a norm of customary international law, binding on and directing the conduct of states, and which can be applied by tribunals, is not sustainable”.

vida, sobre as quais se sustentam todos os ramos jurídicos considerados²⁰⁶.

Em segundo lugar, que o grande problema enfrentado pela doutrina, no que toca à definição do *status* legal do desenvolvimento sustentável no campo do direito internacional, não está relacionado à indeterminação do conceito, como quiseram Birnie, Boyle e Redgewell²⁰⁷ assim como Duncan French²⁰⁸, mas sim à incerteza de

²⁰⁶ “Sustainable development is a principle with normative content which is defined by the integration of present and future economic social and environmental interests within the limits set by certain ecological functions. Sustainable development has been recognized both by international and national legislatures and jurisprudential practice. This general recognition can be understood as forming an *opinion juris communis*. The classification of sustainable development as a general principle of law is legitimized by its widespread use in many national legal systems and in international law, and the jurisprudence of international courts and tribunals.” (VOIGT, 2009, p.186).

²⁰⁷ “It is clear, given the breadth of international endorsement for the concept, that few states would quarrel with the proposition that development should in principle be sustainable and that all natural resources should be managed in this way. What is lacking is any comparable consensus on the meaning of sustainable development, or on how to give it concrete effect in individual cases. [...] In these circumstances, states retain substantial discretion in interpreting and giving effect to the alleged principle, unless specific international action has been agreed. Given the social, political and economic value judgements involved in deciding on what is sustainable, and the necessity of weighing conflict factors, of which environmental protection is only one, it is difficult to see an international court reviewing national action and concluding that it falls short of a standard of ‘sustainable development’, save possibly in an extreme case. [...] Normative uncertainty, coupled with the absence of justiciable standards for review, strongly suggests that decisions on what constitutes sustainability rest primarily with individual governments. This is not the end of the matter, however, for two reasons. First, courts could readily review the sustainability of economic development by reference to detriment to human rights, including the right to life, private life, or property, or economic, social and cultural rights such as health and the right to water. [...] Second, although international law may not require development to be sustainable, it does require development decisions to be the outcome of a process which promotes sustainable development. Specifically, if States do not carry out environmental impact assessments (EIAs), or they refuse to cooperate in the management of global and transboundary risks or the conservation of natural resources, or they fail to integrate development and environmental considerations in their decision making, or do not take account of the needs of intra- and inter-generational equity, they will have failed to implement the main

identificar normas em geral, o que consiste no ponto nodal para a compreensão do sistema jurídico internacional²⁰⁹.

Os argumentos dos aludidos autores, em que pese sua ordenação lógica bem como sua fundamentação teórica, não podem ser abraçados pelo presente estudo, pelas razões seguintes.

Com efeito, segundo Gerald Fitzmaurice (1957, p. 7):

tools employed by Rio Declaration and other international instruments for the purpose of facilitating sustainable development. There is, as we shall see below, ample state practice to support the normative significance of most of these elements. [...] Whether or not sustainable development is a legal obligation, and as we have seen this seems unlikely, it does represent a policy which can influence the outcome of cases, the interpretation of treaties, and the practice of states in international organizations, and may lead to significant changes and developments in the existing law.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 125-127).

²⁰⁸ “Despite such a forthright view as vice-president Weeramantry’s, yet recognizing the truth in the comments made by Professor Lowe, it must be conceded that at present sustainable development is not – and is unlikely to become at any point soon – in and of itself a binding principle of international law (...). However, it would be a mistake to suggest that the legal implications of sustainable development are solely dependent upon the normative value of the concept *per se*. As Sands again comments, ‘international law recognizes a principle (or concept) of ‘sustainable development’. The term needs to be taken in the context of its historic evolution as reflecting a range of procedural and substantive commitments and obligations” (FRENCH, 2005, p. 51).

²⁰⁹ “International law as a normative system is nor static. It evolves and grows in response to modern challenges. [...] The repetitious references to sustainable development throughout a multitude of international and domestic laws, regulations, conventions and non-binding documents is evidence of its general acceptance as a normative concept. The significance of sustainable development in a legal context seems apparent. However, having legal bearing is one thing, determining the ‘legal fold’ to which sustainable development belongs is quite another. As one prominent legal scholar phrased it, ‘[p]erhaps it is inevitable that content and contours of an integrative concept such as that of sustainable development which was endorsed as such by the world community as a whole, lacks the kind of clarity of articulation of concepts one might be accustomed to in a more limited, homogeneous group of States’. If there is conceptual uncertainty about the legal status of sustainable development, then it is only reflective of the uncertainty about how to identify norms in general, that, in Judge Higgins words, lies at the heart of the international legal system.” (VOIGT, 2009, p. 146).

Por princípio, ou princípio geral de direito, em oposição a uma regra, ainda que uma regra geral, compreende-se algo que não é uma regra, mas que dá sustentação à regra, explica ou dá razão a ela. Uma regra responde à questão “o quê”: um princípio, com efeito, responde à questão “por quê?”²¹⁰.

A indeterminação é inerente à categoria dos princípios e deles emanam regras, que dão vazão às suas proposições²¹¹. Exatamente o que ocorre com o desenvolvimento sustentável, tal como salienta o próprio Duncan French, ao afirmar que do “objetivo do desenvolvimento sustentável” emana todo um arcabouço jurídico para lhe dar vazão²¹².

²¹⁰ “By a principle, or general principle, as opposed to a rule, even a general rule, of law is meant chiefly something which is not itself a rule, but which underlies a rule, and explains or provides the reason for it. A rule answers the question ‘what’: a principle in effect answers the question ‘why’.” (FITZMAURICE, 1957, p. 7).

²¹¹ No mesmo sentido é o entendimento do professor Dire Tladi, ao criticar o posicionamento de Lowe no sentido de que a indeterminação do conceito constitui-se um óbice à categorização deste como um princípio de direito internacional. Com efeito, diz o professor sul-africano: “If Lowe’s objection to sustainable development as a (traditional) principle of international law hinges on the uncertainty relating to its application, its flexibility or its lack of fixed content (as I think it does), then the objection can be overcome by a distinction made famous by Ronald Dworkin between rules and principles. Certainly, because of its flexibility, sustainable development cannot be a rule. [...] It seems, therefore, that Lowe’s characterization of sustainable development as a concept with a specific normative value has to be understood in the light of the principle/rule dichotomy. However, the characterization of sustainable development as a principle (as opposed to a rule) does not exclude its inclusion in the general corpus of international customary law or the possibility of it having a binding effect outside a treaty law. Proportionality, for example, is, without a doubt, a principle of international law. Self-defense against an armed attack, for example, has to be proportional to the armed attack. WTO decision-making, in determining whether a measure is ‘relating to conservation’ under article XX relies on, *in alia*, proportionality. The proportionality principle is, similarly, a requirement for a valid reprisals. Like sustainable development, however, proportionality does not function in an all or nothing fashion. Yet this quality on its own cannot prevent the concept becoming part of customary international law.” (TLADI, 2007, p. 102-103).

²¹² O autor em comentário dá à própria obra o título de “*international law and policy of sustainable development*”. (Op. cit., p. 50). Também Marrie-Claire

Birnie, Boyle e Redgewell também refutam o fato de o desenvolvimento sustentável ser um princípio no argumento de inviável que um juiz internacional afirme se o modelo de desenvolvimento de um Estado é ou não sustentável²¹³.

Concorda-se com a constatação. Ocorre que a função (pelo conteúdo, que será abordado no tópico seguinte) do princípio do desenvolvimento sustentável no plano do direito internacional não é qualificar um modelo de desenvolvimento como tal ou mesmo sancionar um Estado que não adote um padrão de sustentabilidade determinado pela comunidade internacional – tal atitude feriria, inclusive, outro princípio basilar de direito internacional, a autodeterminação dos povos²¹⁴.

A função do desenvolvimento sustentável enquanto princípio neste ramo do direito é distinta, mas não menos importante. Sua aplicação imediata visa, por um aspecto, atrair ao caso concreto normas ambientais, econômicas e sociais que, em tese, não seriam aplicadas àquele caso, trazendo coerência e harmonia ao sistema jurídico internacional²¹⁵. Não se destina o princípio a taxar de sustentável um

Cordonnier Segger (2008, p. 181) afirma que “a growing body of international law in the field of sustainable development exists and is being implemented by states”.

²¹³ Op. cit., p. 125.

²¹⁴ Nesse sentido são os argumentos de Marie-Claire Cordonnier Segger (2008, p. 178) e Christina Voigt (2009, p. 169). Para a primeira, “Viewed in this way, beyond treaty law, sustainable development can be invoked by judges and decision-makers to curb the worst social and environmental excesses of nations in economic development activities, and exert persuasive pressure for the internalisation of otherwise externalised or marginalised social, economic or environmental concerns”. Para a segunda, “[n]ormative value lies thus in its potential to provide for reconciliation where the application of norms fails to solve a conflict between different priorities, for example, the needs of development and the necessity to protect the environment. *Weeramantry* recognizes that both, the law of development and the law of the environment, are vital and developing areas of law. However, they require the existence of a principle which harmonizes both needs. Such a principle is the principle of sustainable development”.

²¹⁵ Tome-se, por exemplo, um tratado internacional que estabeleça quantitativos para a importação e exportação de produtos de dois países não membros da OMC. Suponha-se que é imposta uma restrição, com fundamento em um tratado ambiental assinado por um dos países. Como ambos não são partes nos dois tratados, pelas normas da Convenção de Viena, eventual contenda se resolveria com base no direito internacional geral bem como pelos termos do tratado de

determinado comportamento ou não, mas sim fazer com que todas essas variantes sejam respeitadas dentro do caso concreto.

Assim, tal qual salienta Christina Voigt, “uma definição legal precisa não é nem possível, nem desejável e nem necessária”. Justamente essa faceta fluida é que permite a classificação da norma como princípio. Por outro lado, tal qual demonstrado, há um núcleo duro perfeitamente identificável no conceito, que viabiliza e permite sua aplicação.

Dessa maneira, cai por terra também o óbice da indeterminação proposto pelos renomados autores.

Marie-Claire Cordonnier Segger, por sua vez, argumenta no sentido de que “não é clara a existência de ampla gama de Estados que respeite a norma como jurídica”, fazendo alusão à suposta falta de *opinio iuris* existente.

Todavia, a própria autora, de maneira contraditória, cita diversos casos por meio dos quais se constata que os Estados manifestaram seu interesse e seu consentimento à aplicação da norma por que jurídica²¹⁶. Ainda, consigna o seguinte no texto de sua obra:

Em síntese, tratando-se de evidências para autorizar a existência de um princípio de direito internacional costumeiro do desenvolvimento sustentável, há uma clara gama de prática geral estatal comprometendo-se com o desenvolvimento sustentável, e aparenta haver, também, certo peso de *opinio iuris* que autorize a conclusão que os Estados fazem isso por que se sentem obrigados a tanto por uma norma jurídica internacional relacionada ao desenvolvimento sustentável²¹⁷.

importação e exportação. Ocorre que, por ser o desenvolvimento sustentável um princípio de direito internacional geral, sua função é atrair para o caso concreto a aplicação de tratados ambientais, econômicos e sociais correlatos.

²¹⁶ Op. cit., p. 138-140.

²¹⁷ “In sum, in considering evidence to support the existence of a principle of customary international law on sustainable development, there is clearly a great deal of general state practice committing to sustainable development, and there appears to be a certain weight of *opinion juris* which supports the proposal that states do this because they feel bound by some form of international commitment to sustainable development”. (SEGGER, 2008, p. 141).

A existência da prática estatal e da *opinio iuris* é, ainda, declarada por Birnie, Boyle e Redgewell:

É claro, dada a proporção do endosso internacional ao conceito, que poucos estados questionariam a proposição de que o desenvolvimento deve, em princípio, ser sustentável e que todos os recursos naturais devem ser manejados dessa maneira²¹⁸.

Ao longo do presente estudo, foram exaustivamente tratados e citados diversos casos que revelam a existência de *opinio iuris* quanto à condição de norma internacional de caráter geral que ostenta o desenvolvimento sustentável.

A aferição da existência, ou não, de *opinio iuris* suficiente para que determinada norma atinja o caráter geral, além de ser questão absolutamente subjetiva, deve ser analisada pelo seu lado oposto, qual seja, a partir da existência de objeções da necessidade de que o desenvolvimento seja sustentável. Já se revelou que objeções quantitativas não há.

Ainda, deve-se salientar a posição abalizada de Dire Tladi (2007) sobre a temática, no mesmo sentido de que o desenvolvimento sustentável integra o *corpus iuris* do direito internacional, podendo ser aplicado ainda que não haja previsão em tratados específicos; veja-se:

A ampla gama de instrumentos nacionais e internacionais que versam sobre desenvolvimento sustentável e trazem efetividade ao conceito, aliada a opinião separada do juiz Weeramantry, parecem justificar a conclusão de que o desenvolvimento sustentável é, agora, parte integrante do corpo do direito internacional geral. [...] Eu sugeri, no tópico anterior, que o desenvolvimento sustentável é um princípio de direito internacional²¹⁹.

²¹⁸ “It is clear, given the breadth of international endorsement for the concept, that few states would quarrel with the proposition that development should in principle be sustainable and that all natural resources should be managed in this way.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 125).

²¹⁹ “The view taken in this study is that sustainable development can be a principle of international law. At the very least, the argument advanced here is that nothing prevents sustainable development acquiring the status of a principle

Ou seja, pode-se concluir, com Tladi juntamente com Voigt, que estão presentes os requisitos necessários para que o desenvolvimento sustentável seja categorizado como princípio de direito internacional geral.

Assim, partindo-se dessa conclusão, deve-se avaliar, no tópico subsequente, qual seu conteúdo e suas implicações jurídicas.

2.3.3 Conteúdo do princípio do desenvolvimento sustentável no direito internacional

Por meio de uma análise detida da topografia que o princípio do desenvolvimento sustentável adquiriu ao longo de sua evolução normativa, perpassada pelos mais diversos campos do direito internacional positivo, a doutrina afirma que este possui um núcleo, consistente no princípio da integração, além de ser composto de uma ampla gama de outros elementos que orbitam a seu redor, para alguns autores considerados variáveis, ao passo que para outros não²²⁰.

of international law. Moreover, the plethora of national and international instruments on sustainable development and instruments giving effect to sustainable development along with judge Weeramantry's separate opinion would seem to justify a conclusion that sustainable development is now firmly part of the body of international law. [...] I suggested, in the last section, that sustainable development is a principle of international law". (TLADI, 2007, p. 103-104).

²²⁰ Phillip Sands (2003, p. 253-254) lista quatro grandes elementos: "Four recurring elements appear to comprise the legal elements of the concept of 'sustainable development', as reflected in international agreements: 1. the need to preserve natural resources for the benefit of future generations (the principle of intergenerational equity); 2. the aim of exploiting natural resources in a manner which is 'sustainable', or 'prudent', or 'rational', or 'wise' or 'appropriate' (the principle of sustainable use); 3. the 'equitable' use of natural resources, which implies that use by one state must take account of the needs of other states (the principle of equitable use, or intragenerational equity); and 4. the need to ensure that environmental considerations are integrated into economic and other development plans, programmes and projects, and that development needs are taken into account in applying environmental objectives (the principle of integration). These four elements are closely related and often used in combination (and frequently interchangeably), which suggests that they do not yet have a well-established, or agreed, legal definition or status". Por sua vez, a Associação de Direito Internacional, assim como o Professor Nico Schrijver (2008a, p. 173), adota a Declaração de Princípios de Direito Internacional relativos ao Desenvolvimento Sustentável, de Nova Déli (2002),

Em que pese o abalizado entendimento da doutrina, notadamente a representada por Birnie, Boyle e Redgewell, Nico Schrijver e Duncan French, entende-se, com Christina Voigt, que o desenvolvimento sustentável não está ligado a um princípio que demande a integração.

Nenhum dos autores em comento soube explicar satisfatoriamente, com argumentos jurídicos, de que maneira ocorre a ligação do chamado princípio de integração ao conceito de desenvolvimento sustentável. E nem poderiam.

Isso porque, enquanto princípio geral de direito internacional, o desenvolvimento sustentável se constitui neste próprio princípio (chamado de princípio da integração) e, como decorrência lógica de sua normatividade direta, demanda a integração do ordenamento jurídico do meio ambiente nos demais sistemas de direito do plano internacional – sobretudo o econômico e o social – com vistas a manter as bases naturais sobre as quais se funda a vida, necessárias às futuras gerações.

A existência de outras normas, regras ou princípios, que a ele se conectam somente se justifica se entendermos que o desenvolvimento sustentável, enquanto princípio geral, atrai sua aplicação – em menor ou menor escala, para cada caso concreto.

como ponto de partida. Assim, reconhecem que o desenvolvimento sustentável é um conceito que atrai a aplicação de sete princípios distintos: “(i) the duty of states to ensure sustainable use of natural resources; (ii) the principle of equity and the eradication of poverty; (iii) the principle of common but differentiated responsibilities; (iv) the principle of the precautionary approach to human health, natural resources and ecosystem; (v) the principle of participation and access to information and justice; (vi) the principle of good governance; and (vii) the principle of integration and interrelationship, in particular in relation to human rights and social, economic and environmental objectives”. Para Alan Boyle, Patricia Birnie e Caterine Redgewell (2009, p. 116), “Sustainable development contains both substantive and procedural elements. The substantive elements are set out mainly in Principles 3-8 of the Rio Declaration. They include the integration of environmental protection and economic development; the right to development; the sustainable utilization of natural resources; the equitable allocation of resources both within the present generation and between present and future generations (intra- and inter-generational equity). None of these concepts is new, but the Rio Declaration brings them together in a more systematic form than hitherto. The principal procedural elements are found in Principles 10 and 17 dealing with public participation in decision-making and environmental impact assessment. Again, none of these is new, but never before have they secured such widespread support across the international community”.

O referencial adotado pelo princípio para sua aplicação (ou seja, o norte que adota para definir quais normas serão atraídas, qual seja, a manutenção das bases naturais da vida) possui duas razões de ser, no mínimo. Parte, primeiro, da própria significância que este adquiriu ao longo do tempo pela prática dos Estados, como exaustivamente exposto nos itens 1 e 2.

Ora, ao longo do tempo a comunidade internacional passou a endossar o paradigma de que para viabilizar a manutenção da economia e dos próprios direitos sociais, torna-se necessário, também, manter a integridade da natureza, eis que esta é o sustentáculo de ambas.

Não se trata, diga-se, de manter a natureza e os sistemas ecológicos intocados, pelo contrário. O escopo do princípio ao demandar a integração do ordenamento jurídico ambiental às demais atividades (econômicas e sociais, mormente) que toquem os recursos naturais não só visa, como parte do pressuposto de que estes devem ser explorados para atender aos fins sociais e econômicos da comunidade internacional. É, pois, direito de uso (SCHRIJVER, 2008b).

O que o princípio do desenvolvimento sustentável impõe, ao requerer a integração do regramento jurídico internacional do meio ambiente ao econômico e ao social, é um limite para esta integração que permite o uso. E este consiste na manutenção das bases naturais sobre as quais se funda a sociedade e, via de consequência, a própria economia.

Como segundo aspecto acima referido, tem-se que o referencial adotado, mais que manter o sistema produtivo e social vigente, está ligado a uma noção intergeracional de justiça, uma vez que visa assegurar o direito das futuras gerações de vida e escolha de suas próprias prioridades.

Trata-se, portanto, de um princípio que, pela imposição da integração e de um referencial limitador, estabelece parâmetros para o exercício do mesmo direito de uso para as gerações vindouras. Esta a normatividade direta que o princípio do desenvolvimento sustentável emana. Nas palavras de Christina Voigt:

O aspecto mais importante do desenvolvimento sustentável é a integração. Integração, em seu senso legal, implica na consideração simultânea de aspectos sociais, econômicos e ambientais de determinada matéria em uma “continuidade normativa”, por exemplo, nos processos de negociação, nas previsões dos textos finais de um tratado, seu modo de implementação deste e,

eventualmente, na decisão de uma Corte ou tribunal internacional. No contexto do desenvolvimento sustentável, a integração dessas diversas prioridades precisa ser realizada dentro dos limites definitivos estabelecidos pela resiliência dos processos naturais essenciais (bióticos ou abióticos). Ao aceitar certos limites ecológicos, uma hierarquia de prioridades surge²²¹.

Parte da constatação a que chegou Voigt é referendada, ainda que em grau de probabilidade, por Marie-Claire Cordonnier Segger, para quem:

Se este [o desenvolvimento sustentável] fosse um princípio de direito internacional (reconhecido em um tratado e emergente enquanto princípio de direito costumeiro), parece provável que tal norma estaria mormente relacionada à integração do meio ambiente ao desenvolvimento socioeconômico²²².

Verifica-se, pois, que o desenvolvimento sustentável é um princípio geral de direito internacional (VOIGT) voltado à integração do ordenamento jurídico do meio ambiente à economia e à efetivação de direitos sociais (VOIGT; SEGGER), visando à exploração daquele para assegurar a existência e finalidade destes (VOIGT). Esta integração normativa obedecerá apenas aos limites dos processos ecológicos essenciais, tendo em vista a necessidade de manutenção das bases naturais para as futuras gerações.

²²¹ “The most important aspect of sustainable development is *integration*. Integration in its legal sense means the simultaneous consideration of social, economic, and environmental aspects of a subject in a ‘normative continuum’, i.e. in the negotiation and eventually in the decisions of international courts and tribunals. In the context of sustainable development, the integration of these diverse priorities needs to be carried out within the *ultimate limits* set by the resilience of essential natural (biotic and abiotic) processes. When accepting certain ecological thresholds a hierarchy of priorities arises”. (VOIGT, 2009, p. 374).

²²² “If it were a principle of international law (recognized in a treaty and emerging as customary), it seems most likely that the norm would be mainly related to the integration of environment and socio-economic development: that States shall take environmental protection into account in the development of process and *vice-versa*.”. (SEGGER, 2008, p. 141).

É o desenvolvimento sustentável, para se utilizar de outra terminologia cunhada por Christina Voigt, uma ferramenta para congregar as prioridades essenciais do mundo moderno de maneira a promover o objetivo último de sustentar a sociedade humana²²³.

Não se trata de estabelecer uma prioridade das normas de natureza ambiental sobre as demais, quando da realização de uma integração entre os ordenamentos jurídicos envolvidos, mas sim de dar vazão ao próprio conceito de desenvolvimento sustentável cunhado no âmbito do direito internacional, de que a existência da economia e da própria humanidade (destinatária de direitos sociais), depende da conservação das bases naturais da vida e estas devem ser mantidas e projetadas para o futuro, sob pena de sonegar direitos às gerações vindouras.

Impõe, por conseguinte, que os Estados não adotem políticas de desenvolvimento socioeconômico que ponha em cheque, ainda que potencialmente, as bases naturais sobre as quais se assenta a vida, ante a existência de uma obrigação de passar adiante a integridade do ecossistema planetário às gerações vindouras²²⁴.

Este, pois, o conteúdo do princípio do desenvolvimento sustentável que se adota no presente estudo.

²²³ “In order to avoid tautological ‘*l’art pour l’art*’ definitions, it is therefore important to not forget the ultimate goal of sustainable development. Integration does not happen in a vacuum but needs to be assessed in the context of sustainable development. It is a tool for bringing together the several priorities of the modern world in order to promote the ultimate aim of sustaining human society. Such balance is only possible to the extent that *ultimate limits* are observed”. (VOIGT, 2009, p. 39).

²²⁴ “Transgenerational justice requires the preservation of *freedom of choices* for generations to come. These choices include the needs of future generations, their aspirations and development paths. For principled reasons the present generations are unable to determine the own needs of future generations. It is therefore considered proper to ensure the *basis* for making choices, i.e. to ensure conditions are in place, that permit choice of various options. This freedom is ultimately conditioned on the functioning of essential natural processes that sustain life. The reasonable conclusion, therefore, is the moral duty to pass on the integrity of the planetary ecosystem, including the stability and safety of the climate system”. (VOIGT, 2009, p. 52). Ressalte-se que em nosso entendimento a obrigação a que faz referência a autora não é somente moral, mas jurídica. Esta constatação se depreende logicamente da leitura de toda a obra em referência, teoria de base do presente estudo.

3 CAPÍTULO 2 - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL AO REGIME JURÍDICO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Um grande aspecto da globalização que marca os tempos atuais são as iniciativas de cooperação especializada no plano internacional, com o estabelecimento de acordos entre países, e/ou no seio de instituições multilaterais, para fins diversos. Dentre eles, destacam-se os campos do comércio, direitos humanos, diplomacia, comunicação e, mais recentemente, meio ambiente.

Essa produção normativa multilateral – que em diversos casos é mais pontual, abrangendo apenas dois ou mais Estados da comunidade internacional – faz com que nasça um corpo jurídico bastante vasto, independente, e, não raro, com o escopo de ser autossuficiente.

De tal realidade decorre o fenômeno da fragmentação – seja de produção normativa ou mesmo de interação entre as diversas normas existentes no campo do direito internacional –, identificado, primeiramente, por Wilfred Jenks e que se constitui, na atualidade, objeto de estudo de Martti Koskenniemi²²⁵.

Segundo o mencionado autor, em decorrência dessa fragmentação do direito internacional exsurge a necessidade de “clarear as relações que cada sistema regulatório possui com os demais”, de modo que a

²²⁵ Uma vez que não há uma unidade legislativa bem como dada a pluralidade de fontes do direito internacional, ocorre uma produção normativa desconexa e que, por vezes, pode levar a dúvidas sobre quais normas são aplicáveis a determinado caso. Um dos grandes desafios do internacionalista, assim, é dar coesão a esse sistema fragmentado, e um dos mecanismos mais adequados para se obter êxito nesta árdua tarefa é a compreensão sistêmica do direito internacional o recurso aos princípios gerais desse ramo do direito. Sobre o tema, ver Koskenniemi (2006). Interessante comentário sobre a fragmentação do direito internacional é o de Christina Voigt (2009, p. 195-196), para quem “[p]ublic international law starts in pieces, usually without the benefit of a final ‘plan’. It consists of numerous separate treaties, customary norms and general principles. It is ‘decentralized’ in that it is characterized by not having a central legislator or a single court. States are creators of international law and at the same time the main subjects of international legislation. [...] Fragmentation is thus in itself not a negative phenomenon. It is to a certain extent a necessity if all of the different interests and areas dealt with in international law are to be given due attention; it might even be international law’s best justification”.

maneira pela qual uma norma é levada em consideração na análise de um caso concreto é crucial para as partes²²⁶.

A ausência de hierarquia entre as fontes do direito internacional demanda, do internacionalista, um exercício árduo na busca da compatibilização de sistemas jurídicos que, por questões diversas, apresentem intersecções quando aplicáveis a determinado caso concreto.

Conforme foi analisado no capítulo precedente, o princípio do desenvolvimento sustentável é a norma jurídica de caráter geral que atrai (ao menos em potencial) a aplicação, a um caso concreto que envolva caracteres econômicos ou mesmo de cunho social, do regramento jurídico ambiental.

Escolheu-se, como objeto do presente estudo, tratar de dois microssistemas jurídicos autônomos e supostamente independentes, que tem em comum a presença da fórmula do desenvolvimento sustentável em seus textos legais.

O fato de ambos os regramentos fazerem alusão ao princípio autoriza, ao menos, a investigar de que maneiras este opera dentro de cada um deles a fim de, num momento posterior, perscrutar acerca de mecanismos de harmonização entre ambos os ordenamentos a partir deste laço em comum.

Esse exercício se torna particularmente relevante para o presente estudo quando se observa seu objeto final, qual seja, pesquisar se o desenvolvimento sustentável pode ser um elemento justificador para a imposição de barreiras climáticas ao comércio internacional.

Isso porque, tal qual salientam Wold, Gaines e Block (2011, p. 641):

Assim como os governos cooperaram para desenvolver um regime internacional do comércio, eles também cooperaram para a criação de diversos problemas ambientais globais, como o aquecimento global, a redução da camada de ozônio, comércio de lixo tóxico, dentre tantos outros. Em muitos casos, os acordos ambientais multilaterais (MEAs) criados para resolver um

²²⁶ “The way in which ‘other law’ is ‘taken into account’ is quite crucial to the parties and to the outcome of any single case. [...] “This is the background to the concern about fragmentation of international law: the rise of specialized rules and rule-systems that have no clear relationship to each other. Answers to legal questions become dependent on whom you ask, what rule-system is your focus on”. (KOSKENNIEMI, Op. cit., p. 244-245).

problema ambiental global se utilizam de restrições ao comércio²²⁷.

Ou seja, passa-se a perceber a existência de um elevado potencial de interação entre ambos os regimes jurídicos e, à míngua de regulação normativa que preveja como resolver potenciais conflitos, razão de ser do presente capítulo.

3.1 A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO SISTEMA JURÍDICO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

3.1.1 Princípios e regras basilares do sistema jurídico da Organização Mundial do Comércio

A OMC foi instituída pelo chamado tratado de Marrakesh²²⁸, o qual foi firmado em 15/04/1994 e entrou em vigor no ano subsequente. Este acordo constitui a base do sistema multilateral do comércio, englobando, ainda, em seus anexos, o conjunto de acordos sobre comércio de bens, o GATT/1994, serviços (GATS), direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (TRIPS); acordo sobre aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias (SPS); acordo sobre barreiras técnicas ao comércio (TBT); acordo sobre medidas de investimento relacionadas ao comércio (TRIMS), dentre outros.²²⁹

Como o objeto do presente estudo é restrito às barreiras climáticas ao comércio internacional de bens, tem-se que o arcabouço jurídico que define os princípios e regras basilares aplicáveis às determinações no âmbito do GATT 1994 é constituído pelas disposições do Tratado de Marrakesh e pelo texto daquele acordo específico.

²²⁷ “Just as governments have cooperated to develop na international trading regime, so too they have cooperated to address a number of global environmental problems, such as global warming, ozone depletion, and hazardous waste trade, among many others. In many cases, the multilateral environmental agreement (MEA) created to resolve a global environmental problem uses trade restrictions.” (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 641).

²²⁸ Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto Executivo 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

²²⁹ O escopo deste estudo, não é demais salientar, restringe-se ao comércio internacional de bens, o qual é regulado pelo Tratado de Marrakesh e pelos acordos do GATT 1994.

Vale dizer, são estas as disposições que, eventualmente, tem o condão de restringir²³⁰ as políticas estatais voltadas ao comércio exterior de bens dos membros da Organização Mundial do Comércio.

O objetivo dos acordos da OMC, de uma maneira geral, é incrementar as condições de acesso aos mercados, por meio da negociação de formas de liberalizar o comércio internacional por meio da estruturação de um sistema previsível e estável de regras (jurídicas) vinculantes²³¹.

Essa mesma visão é abalizada pelo escólio de Christina Voigt que, ao tratar da liberalização do comércio como a “missão” da OMC, vai além:

A missão da OMC é a liberalização do comércio por meio da redução de barreiras ao comércio e ao acesso a mercados, como tributos e tarifas, cotas e regras individualizadas, mas também por regulações internas, como subsídios e barreiras técnicas ao comércio. O sistema da liberalização do comércio é guiado por princípios de não discriminação, os quais impõem tanto padrões relativos como absolutos para o tratamento de bens e serviços²³².

²³⁰ Utiliza-se do termo com referência à concepção dada por Dionisio Anzilotti, (1964, p. 56) de que o Direito Internacional condiciona, ou melhor, limita o comportamento dos Estados: “É princípio universalmente reconhecido que as disposições das normas internas, ou sua falta, não podem ser invocadas pelos Estados para se eximirem do adimplemento das obrigações internacionais ou para se furtarem da responsabilidade derivada de não tê-los cumprido”.

²³¹ “The WTO Agreements aim to improve the conditions of access to markets of members of the World Trade Organization, bind the results of negotiated liberalization of trade, and underpin the commitments with a predictable and stable set of legally enforceable rules. Have committed themselves to a degree of market openness, if governments were free to afford protection to domestic producers arbitrarily, market access commitments would be undetermined, as would predictability and stability in the trading system. One of the outcomes of accepting WTO rules is indeed to circumscribe national sovereignty by limiting the use of trade measures in certain situations”. (SAMPSON, 2005, p. 78).

²³² “The WTO’s ‘mission’ is trade liberalization by reducing barriers to trade and to market access, such as tariffs, quotas and custom rules, but also internal regulations, e.g. subsidies and technical barriers to trade. The system of trade liberalization is guided by non-discrimination principles, which impose both relative and absolute standards of treatment of goods and services” (VOIGT, 2009, p. 116-117). Nesse sentido, também o escólio de Nadia de Araujo, para

Dessa forma, pode-se ter em conta, como primeira constatação, que o grande pano de fundo do sistema multilateral do comércio, o objetivo maior e para o qual serão regidas suas ações, formulados seus princípios e instituídos suas regras é a liberalização das trocas comerciais entre os membros da respectiva organização internacional, por meio da constante eliminação dos entraves e barreiras existentes e vindouros.

Quis-se, por meio da criação da OMC, instituir um sistema estável e previsível, baseado na segurança das ações presentes e futuras dos participantes. Para tanto, adotou-se uma base jurídica bastante sólida, calcada em princípios de atuação da organização, e diversas regras, inclusive, voltadas à solução de possíveis controvérsias, por meio de um sistema próprio²³³.

O princípio basilar que rege essa busca pelo livre comércio é o da não-discriminação entre *“like products, services and goods”*²³⁴

quem o fundamento geral do regramento jurídico do comércio internacional é a promoção de um (cada vez mais) livre-comércio, como “pano de fundo do sistema”. A Autora em comentário ressalta, ainda, que é mais fácil compreender a amplitude desse norte pelo viés negativo, ou seja, de como evitar sua violação. Destaca, assim, que é obrigação de cada Estado-Membro evitar a adoção de medidas nacionais contrárias ao livre-comércio, por meio da eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias ao comércio internacional, ou mediante o combate de práticas que venham a limitar e regular o funcionamento do mercado. (ARAUJO, 2007, p. 108-111).

²³³ Interessante aporte sobre as origens do atual sistema multilateral do comércio é feito por Adriana Dantas (2009, p. 26-27), a qual aponta para a grande depressão de 1929 como elemento que originou as reflexões sobre a necessidade de desenhar um sistema liberal de comércio institucionalizado, gerido por uma organização internacional que contivesse as medidas nacionalistas e mediasse conflitos entre nações. Para a autora, ainda, “contatos induzidos por meio do comércio abrandariam a hostilidade entre sociedades; e o multilateralismo, que encerra compromisso com a não discriminação, preveniria o desenvolvimento de controvérsias futuras”. Sobre o tema, veja-se, ainda, a obra de Sampson (2005).

²³⁴ Utiliza-se do termo em língua inglesa tendo em vista que melhor se presta a revelar a controvérsia existente por detrás do conceito. Atualmente, diversos os casos em que se discute quais os critérios para aferir se um determinado produto é, ou não, igual a outro, para fins de aplicação dos princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional. De forma metafórica, o órgão de apelação da OMC assentou, ao decidir o caso *Japan-Alcoholic Beverages - 1996* (parágrafos 21-22): “the concept of ‘likeness’ is a relative one that evokes the image of na accordion. The accordion of ‘likeness’ stretches and squeezes in

produzidos, exportados e importados entre os membros da organização internacional.

Está contido e disposto no art. I e no art. III do referido acordo e possui dois vieses, que se desdobram em duas regras: a da nação mais favorecida e o do tratamento nacional²³⁵.

A primeira delas impõe que qualquer medida imposta a um produto estrangeiro deve ser estendida aos outros, de sorte que todos devem gozar da melhor condição possível de acesso, ingresso,

different places as different provisions of the WTO Agreement are applied. The width of the accordion in any one of those places must be determined by the particular provision in which the term ‘like’ is encountered as well as by the context and the circumstances that prevail in any given case to which that provision may apply”. Com efeito, a questão de definir quais os é tormentosa, seja no âmbito da doutrina como da jurisprudência dos painéis ou do órgão de apelação da OMC. O tema é central para a finalidade última da pesquisa acerca da relação entre o direito do comércio internacional e a imposição unilateral de medidas ambientais pelos países membros (notadamente em razão de definir se o método de produção de um produto ou um serviço pode ser considerado um diferencial para o conceito, afastando a aplicação do princípio em referência, ou não), todavia, transcende o objeto deste singelo tópico bem como desta humilde contribuição acadêmica. Tendo em vista a complexidade da discussão e sua profundidade, basta salientar que, pelo entendimento atual da jurisprudência da OMC, definido pelo órgão de apelação quando do julgamento do caso *EC – Asbestos – 2001*, a fim de avaliar se um produto, serviço ou bem pode ser considerado como “like” em respeito a outro, a análise passa pelos seguintes critérios: (i) propriedades físicas; (ii) utilização final; (iii) gostos e hábitos do consumidor; (iv) classificação tributária/tarifária; (v) o risco associado com o produto (parágrafos 32 a 35 do acórdão). Para uma abordagem bastante crítica, indica-se a leitura de Voigt (2009) bem como de Sampson (2005). Para uma análise focada na jurisprudência, indispensável a consulta ao material produzido de forma brilhante por Bernasconi-Osterwalder (2006). Finalmente, para uma análise mais descritiva das razões pelas quais o princípio vem sendo aplicado dessa forma, sugere-se a leitura de Vranes (2009) e Wold, Gaines e Block (2011).

²³⁵ “The GATT contains several prohibitions on discrimination. Among these, Article III (national treatment) and Article I (general most favoured nation treatment) are most relevant in our context. In recent years, it is above all Article III that has attracted a great deal of attention from scholars, policy-makers, and the informed public alike. This is arguably due to the fact that article III is held to be applicable not only to de jure discriminatory measures (ie regulations that explicitly discriminate against foreign products by referring to their origin), but also to de facto discriminatory measures.” (VRANES, 2009, p. 188).

circulação e destino ao mercado respectivo. Nas abalizadas palavras de Bhagirath Lal Das (2000, p. 15), ex-diretor de Programas Comerciais Internacionais da UNCTAD,

Totalmente contrário a seu nome, essa previsão não significa qualquer favor especial a qualquer outro país; na verdade, ela proíbe favores especiais até mesmo ao mais amigável dos países. O que este princípio significa, de fato, é que qualquer benefício conectado com importação ou exportação que seja concedido a um produto de uma nação mais favorecida (seja ou não Membro) deve ser estendido para os produtos similares (*like products*) de todos os Membros sem qualquer discriminação. [...] Essencialmente, ele implica em uma total ausência de discriminação entre os Membros.

A finalidade da regra da nação mais favorecida, portanto, é a de estender a todos os outros membros da OMC o melhor tratamento que um membro oferecer a determinado produto, bem ou serviço advindo de outro²³⁶ (que atenda ao conceito de *like product, good or service*) para o acesso, ingresso, circulação e destinação em seu mercado interno, impondo uma obrigação incondicional de promover uma igualdade de tratamento que abranja toda e qualquer medida relacionada a esse trânsito e regulação²³⁷.

Visa, assim, acabar com privilégios que não tenham por base elementos objetivos, dando vazão ao princípio e objetivo sob os quais se assenta o regime jurídico multilateral do comércio internacional.

A regra do tratamento nacional, por sua vez, impede que os membros instituíam tratamento diferenciado entre produtos nacionais e

²³⁶ Desde que atendam ao conceito de “*like products, services or goods*”, ver nota 233.

²³⁷ Para Voigt (2009, p. 117), “the principle is designed to ensure equality of treatment of ‘like products originating or destined for the territories of all other contracting parties’. This obligation is unconditional. It comprises not only tariffs and custom measures, but also internal taxes, charges and regulation affecting the sale, distribution, and use of products. Accordingly, different tariffs rates or other kinds of discriminatory regulation for like products of WTO members are prohibited”.

importados²³⁸, seja para a entrada destes no mercado (excetuada a incidência de imposto sobre importação), seja para sua circulação e pelo modo como sofrem regulação ou fiscalização dentro dos mercados internos dos países membros, quando o objetivo for discriminar o produto importado desfavorecendo a competição com o produto nacional.

Explicação bastante didática da extensão da aplicação da regra é oferecida segundo Wold, Gaines e Block (2011, p. 172-173), para quem:

A obrigação do tratamento nacional é a chave do regime do GATT. O artigo III do GATT institui uma norma geral de tratamento nacional e endereça este especificamente aos dois contextos nos quais se aplica a aludida obrigação – tributação e regulação. Tributação interna é objeto do parágrafo 2º; regulação interna é coberta pelo parágrafo 4º²³⁹.

Essa regra também se destina a dar vazão ao princípio geral, evitar que haja a discriminação, embora especificamente nas searas da tributação e regulação.

Interessante aplicação prática a questões ambientais é feita por Karla Closs Fonseca e Caroline Vieira Ruschel (2006, p. 142), para as quais a aludida regra implica no fato de que um membro não pode impor determinada taxa ambiental a um produto oriundo de outro enquanto impõe um distinto a si próprio. Como regra geral, tampouco pode formular exigências ambientais (rotulagem, por exemplo) que não sejam aplicáveis a produtos similares advindos dos integrantes da OMC.

Estas duas, o tratamento nacional e a nação mais favorecida, são as regras principais que dão vazão ao princípio basilar da não discriminação.

Todavia, é de se destacar, com Christina Voigt, a existência de outras regras vinculadas à temática que também atuam nesse sentido,

²³⁸ Sempre, que atendam ao conceito de “*like products, services or goods*”, ver nota 233.

²³⁹ “The national treatment obligation is a linchpin of the GATT regime. Article III of the GATT states a general principle about national treatment and then address itself specifically to the two contexts in which the obligation applies – taxation and regulation. Internal taxation is addressed in paragraph 2; internal regulation is covered by paragraph 4.” (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 172-173).

como aquelas previstas no artigo II, X e XI do GATT, quais sejam, respectivamente, a obrigação de instituir patamares máximos a que podem chegar os tributos e tarifas, a obrigação de transparência, e a vedação à instituição de restrições quantitativas à importação ou exportação que se destinem a limitá-las de qualquer forma²⁴⁰.

Quanto à transparência, convém salientar que esta regra também abrange a obrigação de os Estados-Membros notificarem imediatamente a OMC e seus membros sobre todas as alterações legislativas em matéria de regulamentação comercial – aqui compreendidos os subsídios, reduções/aumento de tributos, tarifas alfandegárias, etc. (FONSECA; RUSCHEL, Op. cit., p. 143).

Trata-se, em verdade, de uma exigência de informação que busca manter a previsibilidade no âmbito do sistema multilateral do comércio. Vale salientar que o sistema GATT/OMC, ainda, adota o princípio da concorrência leal, o que faz por meio da vedação à adoção de práticas desleais, como o *dumping*, as tarifas e os subsídios não previstos em acordo, por exemplo.

Percebe-se, assim, que o sistema jurídico multilateral do comércio é construído de tal forma que suas regras principais (que impõem obrigações específicas, definidas, aferíveis e aplicáveis por seu órgão de solução de controvérsias) se voltam a dar vazão ao comando genérico de seu princípio basilar, qual seja, o da não discriminação.

Este, pela própria natureza de princípios jurídico, é uma norma fluida, cuja aplicação não é hermética, estanque. Varia, conforme o caso concreto, de modo que se materializa, em grande parte, por meio de suas regras específicas, as quais, como exposto, ainda podem sofrer flexibilização a depender de cada caso concreto analisado.

Ou seja, o princípio da não discriminação, embora seja o grande norte das regras do sistema multilateral do comércio, não é absoluto e

²⁴⁰ “The WTO ‘absolute standards’ (e.g. Article XI GATT) prohibit quantitative restrictions on imports or exports, such as bans or quotas on imports from a particular country or measures whose direct or indirect effect is to prevent or limit such imports (e.g. quotas, import licenses). Tariff obligations require Member States to ‘bind’ or fix tariff levels, to progressively reduce tariff levels and to refrain from raising tariffs above the bound level (Art. II GATT). Under certain transparency obligations, Member States are also required to regularly notify the secretariat of WTO of actions taken inconsistently with the mentioned obligations (Article X GATT). Another Uruguay Round Agreement – Agreement on Subsidies and Countervailing Measures – in addition to a separate set of GATT Articles prohibits the imposition of governmental subsidies except in narrowly limited circumstances”. (VOIGT, 2009, p. 119).

pode ser moldado a depender da presença e atuação de outros princípios (gerais ou do próprio direito do comércio internacional) aplicáveis à espécie.

Nesse prisma, interessante mencionar que há outro princípio do direito do comércio internacional que, por vezes, implica em uma flexibilização do postulado da não discriminação. Trata-se daquele que prevê tratamento especial e diferenciado para os países em desenvolvimento.

Esta norma (específica) consta já do preâmbulo do Tratado de Marrakesh, documento esse que reconheceu expressamente a necessidade de:

[...] realizar esforços positivos para que os países em desenvolvimento, especialmente os de menor desenvolvimento relativo, obtenham uma parte do incremento do comércio internacional que corresponda às necessidades de seu desenvolvimento econômico.

Está contido no Art. XXVIII bis e na parte IV do GATT 1994, e se manifesta de tal maneira dentro do sistema jurídico que, tal qual salienta Gary P. Sampson, “há 155 previsões específicas nos acordos da OMC especialmente encartadas para os países em desenvolvimento”²⁴¹. O autor, ainda, destaca que “o tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento foi aceito pelo GATT como uma parte integral do sistema jurídico do comércio internacional”²⁴².

²⁴¹ “Today, there are 155 specific provisions specially crafted for developing countries in the WTO Agreements. Why have so many provisions been added over recent years? This is a result of negotiations by developing countries to secure more legal flexibility under the GATT, the wider reach of the WTO Agreements.” (SAMPSON, 2005, p. 193).

²⁴² “Special and differential treatment was accepted within the GATT as an integral part of the rules-based multilateral trading system. Whereas in the early years of the GATT the preferred treatment was based on a belief that developing countries can foster development by heavily protecting domestic industries, producing for the domestic markets and substituting for imports, there has been a dramatic change over the past half-century. Now, special and differential treatment is found in many forms in the WTO legal texts, with the common characteristic that it is to be provided in a manner consistent with the trade, financial and development needs of developing countries. In addressing the issue of what is appropriate legal flexibility given the needs of developing countries, the crucial question is whether it provides them with the necessary

Pelo primeiro dispositivo citado, os países desenvolvidos abrem mão da reciprocidade nas negociações tarifárias (reciprocidade menos que total). Já o segundo apreço prevê uma lista contendo diversas medidas mais favoráveis aos países em desenvolvimento que os países desenvolvidos deveriam implementar, como por exemplo reduzir suas barreiras tarifárias para viabilizar a entrada de produtos essenciais para as economias dos países em desenvolvimento nos respectivos mercados.

Nota-se, pois, que, em decorrência do princípio em questão, foram cunhadas diversas regras que flexibilizam o princípio basilar da não discriminação, a fim de permitir a convivência harmônica entre ambos dentro do mesmo sistema jurídico, por meio de suas regras específicas.

É certo que o tratamento especial e diferenciado às nações em desenvolvimento é exceção à norma geral, todavia, o simples fato de sua existência é uma evidência de que o sistema jurídico da OMC, internamente, permite uma relativização de seus pressupostos basilares, ao adotar em seu seio o mencionado postulado.

Assim sendo, a partir da análise desenvolvida no presente tópico, pode-se afirmar que o sistema jurídico da OMC, possui um objetivo geral que veicula e regula todos os princípios que sustentam o conjunto de regras positivadas, qual seja, a promoção de um comércio cada vez mais livre, previsível e fundado em bases jurídicas.

Para atingir esse objetivo, conta com um princípio basilar, o postulado da não discriminação, o qual se manifesta por meio de diversas regras, dentre as quais se destacam a do tratamento nacional e a da nação mais favorecida.

O mesmo sistema jurídico, todavia, comporta que o princípio da não discriminação conviva com outros princípios, como o do tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento, que restringem o espectro de atuação daquele, mas que se prestam à consecução do grande objetivo dos acordos da OMC.

Nos tópicos subsequentes, por conseguinte, será investigada a possibilidade jurídica de o desenvolvimento sustentável, princípio de direito internacional geral constante no preâmbulo do Tratado de Marrakesh, interferir no espectro de aplicação do princípio da não discriminação dentro do sistema jurídico da OMC.

flexibility to implement their *appropriate* development strategies. Thus, a logical starting point in creating legal flexibility is to have a clear vision of what is the appropriate development strategy". (Op. cit., p. 230).

3.1.2 O princípio do desenvolvimento sustentável e o Tratado de Marrakesh

Conforme salientado alhures, o Tratado de Marrakesh, que instituiu a Organização Mundial do Comércio, previu, em seu preâmbulo, que todas as ações dos integrantes da organização internacional se pautariam com a finalidade de permitir:

[...] ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo [...]²⁴³

Ainda, cumpre salientar que, em abril de 1994, os Ministros dos Países criadores da OMC assinaram a Decisão sobre Comércio e Meio Ambiente, a qual consigna, também em seu preâmbulo:

[...] não deveria haver, nem há necessidade de haver, qualquer contradição de políticas entre manter e salvaguardar um sistema multilateral de comércio, aberto e não discriminatório, de um lado, e agir visando à proteção do meio ambiente e à promoção do desenvolvimento sustentável de outro²⁴⁴.

Esse compromisso foi reafirmado no encontro dos Ministros em Doha, em novembro de 2001 e, ainda, em mais uma oportunidade, tal qual reforça Gary P. Sampson (2005), qual seja, Cúpula Mundial de Johannesburg, em 2002. Nesta ocasião, houve o comprometimento dos

²⁴³ Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/portugues/02estabeceomc.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2012.

²⁴⁴ *Trade and Environment Decision* of 14 April 1994. GATT. Doc. MTM.TNC/W/141. Por meio dessa decisão foi criado o Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente, que atua junto à OMC. Consoante anota Fábio Albergaria de Queiroz (2010, p. 96), “Os termos de referência deste comitê foram estabelecidos na decisão Ministerial sobre comércio e meio ambiente de Marrakesh, que definiu como sua função precípua examinar as relações de causa e efeito entre os dispositivos da OMC e medidas comerciais com o Meio Ambiente, bem como dos Acordos Multilaterais Ambientais ou MEAS (*Multilateral Environment Agreements*) com o comércio internacional”.

líderes das nações integrantes da OMC à busca de um comércio, dentre outras questões, voltado ao desenvolvimento sustentável²⁴⁵.

Ou seja, pode-se afirmar que o desejo das partes contratantes foi o de vincular as ações da comunidade ao princípio do desenvolvimento sustentável eis que, não satisfeitos em positivarem tal compromisso no texto do próprio tratado, fizeram questão de reiterá-lo em oportunidades futuras – ainda que colocando este sob a forma de um objetivo da OMC.

Como exposto no capítulo 1, o princípio do desenvolvimento sustentável consolidou-se no plano internacional justamente entre a década de 1990 e o ano 2000, por meio da intensa proliferação de tratados internacionais que o categorizam desta forma, e, assim, acabaram por gerar, inclusive, jurisprudência que o qualifica como tal.

Ao incluírem o aludido princípio na redação de seu preâmbulo – frise-se, ainda que como objetivo da organização –, os fundadores da Organização Mundial do Comércio manifestaram sua vontade livre e consciente de submeter as ações da organização a seus ditames. Ainda, esta intenção foi reiterada ao longo do tempo sempre que houve a oportunidade, criando-se, inclusive, um comitê dentro da organização voltado à questão da sustentabilidade.

Eis, assim, e como já exposto ao longo do presente estudo, mais um elemento que revela a presença do aspecto psicológico necessário a autorizar a conclusão de que se trata, de fato, de um princípio geral de direito internacional e, por isso, aplicável a todo o direito internacional público, no qual se encontra inserido o regime do comércio internacional.

Todavia, o desenvolvimento sustentável, por ter sido abarcado pelo acordo institutivo da OMC em seu preâmbulo, também faz parte do sistema jurídico interno da organização e, portanto, cumpre investigar de que maneira influi (se é que influi) na operação do arcabouço normativo em questão.

Nesse sentido, segundo o art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²⁴⁶:

²⁴⁵ “Ministers meeting in Doha in Qatar in November 2001 strongly reaffirmed their ‘commitment to the objective of sustainable development’, and, at the United Nations World Summit on Sustainable Development in Johannesburg, ministers committed themselves to continue ‘to promote open, equitable, rules-based, predictable and non-discriminatory multilateral trading and financial systems that benefit all countries in the pursuit of sustainable development’”. (SAMPSON, 2005, p. 290).

Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes. (grifo nosso).

Pode-se perceber, assim, da simples dicção da norma em referência, que os termos e considerações do preâmbulo do tratado influem de maneira direta no modo pelo qual suas disposições serão interpretadas, notadamente para dar uma leitura da aplicação da norma ao caso concreto à luz do objetivo e finalidade do tratado (art. 31.1).

Os limites de aplicação do princípio, nesse particular, são bastante grandes. Isso porque o fato de o desenvolvimento sustentável constar como objetivo no preâmbulo do tratado indicar que uma determinada disposição deve ser lida à sua luz – o que implica em interpretar uma norma de uma determinada maneira ou outra – não é capaz de afastar ou limitar o campo de atuação de outra norma²⁴⁷.

²⁴⁶ Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 7.030, de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 08 nov. 2012.

²⁴⁷ “Apart from these ‘hook-ups’ within the treaty, interpretation with reference to other norms seems to have limited potential for creating ‘systemic integration’. In particular, where the terms of a treaty are clear, there is, where

Vale dizer, em razão do disposto no art. 31.1, devo ler a norma “x” com lentes “y” (claro, admitindo que “y” seja um objetivo do tratado, como o desenvolvimento sustentável, por exemplo). Todavia, o dispositivo não permite afirmar que a norma “z” se aplica em menor escala em razão de “y”, mas tão somente que também aquela deve ser lida com lentes “y”.

Isso por uma razão simples. O objetivo e finalidade do tratado não é (para ele, intrinsecamente) um princípio capaz de delimitar o espectro de atuação de duas normas em conflito aparente. Por essa razão, esse dispositivo apenas dá uma diretriz de interpretação, mas não se presta a resolver conflitos de normas – como os que podem surgir entre o GATT e a CQNUMC, por exemplo.

Ainda, há outro dispositivo na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que tenta oferecer melhor solução ao problema, mas também não o faz: o art. 31.3 (c)²⁴⁸.

Segundo este artigo, deve-se considerar na interpretação do tratado quaisquer regras pertinentes de direito internacional aplicáveis à relação das partes. E “partes” dentro da jurisprudência da OMC limita a aplicação da cláusula apenas se todos os membros da organização também aderirem ao outro tratado²⁴⁹.

there is no such textual or conceptual uncertainty, interpretation is unlikely to place these terms in their normative environment. Creating unity also relies however on the relation of ‘clear’ terms to outside norms” (VOIGT, 2009, p. 285). Trata-se, nesse particular, do objeto final desse estudo, que é a avaliação da maneira pela qual limitar o campo de atuação de uma norma e aumentar a incidência de outra a partir de um princípio. Por essa razão, o dispositivo em apreço não oferece, por si só, solução ao problema posto pela pesquisa.

²⁴⁸ De fato, a jurisprudência da OMC, até o momento, fez pouca referência ao art. 31 (c) em seus julgados. Em *US-Shrimp/Turtle*, o órgão de apelação referiu-se ao dispositivo como capaz de “introduzir um guia interpretativo sobre os princípios gerais de direito” (parágrafo 158). Fora esse exemplo, o órgão de apelação não invocou o artigo em comento para tratar de regras que não pertençam ao ordenamento jurídico da organização. Pelo contrário, no caso *EC-Biotech*, o painel fez referência ao artigo como não sendo capaz de introduzir novas normas ao ordenamento. Utilizou-se o art. 31 (c) neste último julgado para não permitir a aplicação ao caso concreto de normas da Convenção da Diversidade Biológica e do Protocolo de Cartagena sob o argumento de que nem todos os membros da OMC eram partes dos tratados.

²⁴⁹ Faz-se menção à necessidade de que todos os Estados estejam submetidos à norma de direito internacional que se quer aplicar, no caso de ser um tratado internacional, em decorrência de a jurisprudência do órgão de solução de controvérsias ter estabelecido tal necessidade quando do julgamento do caso

O problema, assim, se evidencia²⁵⁰. Não se pode afirmar que o desenvolvimento sustentável, nem por ser um objetivo e finalidade da OMC, nem por ser um princípio de direito internacional²⁵¹, serve para resolver um conflito entre a disposição de um tratado internacional ambiental e o GATT, se visto simplesmente à luz da Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados.

Todavia, pode-se, pelos termos da Convenção, e em razão do fato de constar no preâmbulo do Tratado de Marrakesh, afirmar-se que este interfere na maneira de atuação do órgão no cenário internacional e que influencia o modo como se interpretam as normas da própria OMC, tal qual se mostrará no tópico seguinte.

EC-Biotech Products, de 7 de fevereiro de 2006 (parágrafos 291-293). O Grupo de Estudos sobre Fragmentação da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas criticou tal abordagem, salientando que “it makes it practically impossible ever to find a multilateral context where reference to other multilateral treaties as aids to interpretation under article 31.3(c) would be allowed. The panel buys what it calls ‘consistency’ of its interpretation of the WTO Treaty at the cost of the consistency of the multilateral treaty system as a whole”. (UNITED NATIONS, 2006).

²⁵⁰ Muito embora para as finalidades desse estudo os pontos abordados bastem para evidenciar as dificuldades do puro uso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para resolver conflitos, há de se salientar a controvérsia existente no âmbito da doutrina sobre a capacidade de a aludida norma ser aplicável, ou não, a tratados que versem sobre temáticas diferentes. Para Wold, Block e Gaines (2011, p. 655), por exemplo, afirmam que “[t]hese rules, for example, may only be applied to successive treaties relating to the same ‘subject matter’. The history of Vienna Convention indicates that the parties established rules for interpreting successive treaties, such as GATT 1947 and GATT 1994, rather than for completely separate agreements, such as GATT 1994 and Basel Convention, that address entirely different fields of law but have some provisions that overlap in some respects. [...] The Vienna Convention would have no relevance for defining the relationship between WTO Agreements and MEAs.”. No mesmo sentido, Borgen (2005, p. 604-605). Por outro lado, a Comissão de Direito Internacional e outros, entendem que “[t]he test of whether two treaties deal with the ‘same subject matter’ is resolved through the assessment of whether the fulfillment of the obligation under one treaty affects the fulfillment of the obligation of another. This ‘affecting’ might then take place either as strictly preventing the fulfillment of the other obligation or undetermining its object and purpose in one or another way.” (KOSKENNIEMI, 2006).

²⁵¹ Ao fazer a menção, tem-se plena ciência que este não é o posicionamento da jurisprudência da OMC, tal qual se verificará no tópico subsequente.

3.1.3 O tratamento do desenvolvimento sustentável pela jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio

Há alguns casos emblemáticos que revelam o posicionamento do órgão de solução de controvérsias da OMC acerca do tratamento e operação do desenvolvimento sustentável, dos quais se destacam: *US-Shrimp Case*²⁵², *EC – Tariff Preferences Case* e *Brazil-Retreated Tyres*²⁵³.

Todavia, antes de adentrar ao modo pelo qual o órgão tratou o desenvolvimento sustentável nesses casos, há se salientar, como já feito no capítulo precedente, que a primeira referência ao desenvolvimento sustentável no âmbito de uma disputa comercial foi feita pelo antigo órgão de disputas do GATT²⁵⁴ no caso conhecido como *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin II)*, de 1994²⁵⁵.

²⁵² O caso também é conhecido e tratado por parte dos estudiosos como *Shrimp-Turtle Case*.

²⁵³ Não se desconhece a importância dos casos *United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, *Thailand – Restrictions on the Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, *United States – Taxes on automobiles*, *US-Gasoline*, *European Communities – Asbestos*, para a temática ambiental no âmbito do órgão de solução de controvérsias do antigo GATT e da OMC. Todavia, uma vez que o presente tópico busca tratar do modo pelo qual este órgão trabalha com o princípio do desenvolvimento sustentável, optou-se por não se aprofundar no estudo dos casos em referência neste momento exclusivamente porque a contribuição destes é muito mais elevada no que tange ao modo de definir e analisar se uma restrição ao comércio internacional é ou não legítima e aceitável no âmbito da OMC do que, efetivamente, para aferir o meio pelo qual o desenvolvimento sustentável é tratado pelos painéis e órgão de apelação. Um briefing dos casos em referência está disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis07_e.htm. Acesso em: 27 nov. 2012. Para uma leitura complementar, indica-se Wold, Gaines e Block (2011); Bernasconi-Osterwalder (2006); Gehring e Segger (2005).

²⁵⁴ Vale ressaltar que o sistema multilateral do comércio possui regras muito mais claras e precisas depois que regulado pela OMC do que pelo antigo GATT. No que tange especificamente ao órgão de solução de controvérsias, destaca-se a modificação de que uma parte demandada não pode mais impedir que uma decisão do painel ou do órgão de apelação seja adotada. Por essa razão, há muito mais utilização do sistema de solução de controvérsias pós-1994 do que anteriormente a esta data. Com efeito, tal qual salienta Tenu Avafia (2005, p.

Neste, consignou-se que o objetivo do desenvolvimento sustentável, o qual inclui a proteção e a preservação do ambiente, foi amplamente reconhecido pelas partes contratantes do Acordo Geral (GATT).²⁵⁶

Trata-se apenas de uma primeira referência, todavia, revela a consciência que mesmo antes da adoção do Tratado de Marrakesh as partes membros do GATT já se debruçavam sobre o tema e reconheciam o desenvolvimento sustentável como um objetivo dos Estados signatários dos acordos.

262-263) “[t]he increased use of dispute settlement proceedings in the WTO is illustrated by a comparison of Hudec’s finding that there were approximately 216 cases in the GATT Dispute Settlement Process (DSP) from 1980 to 1994, with current WTO figures which reveal that from January 1995 to October 2004, a period of less than ten years, some 305 disputes were registered by the WTO Secretariat. Not only has the number of disputes been growing, the length, and the substantive legal content of the reports, has expanded. Whereas the GATT produced an average of 86 pages of Panel findings per year from 1986-1995, the WTO produced 693 pages of Panel findings in 1999. This figure do not include Appellate Body decisions and follow-up Panel and arbitration decisions concerning the implementation period, compliance measures and sanctions. Furthermore, while GATT panels were staffed by diplomats and trade officials, the WTO’s Appellate Body is staffed by professionals who have expertise in trade law issues of relevance”.

²⁵⁵ “The EC and the Netherlands complained that both the primary and the intermediary nation embargoes, enforced pursuant to the Marine Mammal Protection Act, did not fall under Article III, were inconsistent with Article XI:1 and were not covered by any of the exceptions of Article XX. The US considered that the intermediary nation embargo was consistent with GATT since it was covered by Article XX, paragraphs (g), (b) and (d), and that the primary nation embargo did not nullify or impair any benefits accruing to the EC or the Netherlands since it did not apply to these countries. The Panel found that neither the primary nor the intermediary nation embargo were covered under Article III, that both were contrary to Article XI:1 and not covered by the exceptions in Article XX(b), (g) or (d) of the GATT”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis05_e.htm>. Acesso em: 19 maio 2012.

²⁵⁶ “the objective of sustainable development, which includes the protection and preservation of the environment, has been widely recognized by the contracting parties to the general agreement” (§ 5.42).

Já no âmbito do órgão de solução de controvérsias da OMC, a referência primeira adveio do julgamento do *US-Shrimp Case*, de 1998²⁵⁷.

²⁵⁷ “Seven species of sea turtles have to date been identified. They are distributed around the world in subtropical and tropical areas. They spend their lives at sea, where they migrate between their foraging and nesting grounds. Sea turtles have been adversely affected by human activity, either directly (their meat, shells and eggs have been exploited), or indirectly (incidental capture in fisheries, destruction of their habitats, pollution of the oceans). In early 1997, India, Malaysia, Pakistan and Thailand brought a joint complaint against a ban imposed by the US on the importation of certain shrimp and shrimp products. The protection of sea turtles was at the heart of the ban. The US Endangered Species Act of 1973 listed as endangered or threatened the five species of sea turtles that occur in US waters, and prohibited their “take” within the US, in its territorial sea and the high seas. (“Take” means harassment, hunting, capture, killing or attempting to do any of these.) Under the act, the US required that US shrimp trawlers use “turtle excluder devices” (TEDs) in their nets when fishing in areas where there is a significant likelihood of encountering sea turtles. Section 609 of US Public Law 101–102, enacted in 1989, dealt with imports. It said, among other things, that shrimp harvested with technology that may adversely affect certain sea turtles may not be imported into the US — unless the harvesting nation was certified to have a regulatory programme and an incidental take-rate comparable to that of the US, or that the particular fishing environment of the harvesting nation did not pose a threat to sea turtles. In practice, countries that had any of the five species of sea turtles within their jurisdiction, and harvested shrimp with mechanical means, had to impose on their fishermen requirements comparable to those borne by US shrimpers if they wanted to be certified to export shrimp products to the US. Essentially this meant the use of TEDs at all time. Many have missed the importance of the Appellate Body’s ruling on this case. In its report, the Appellate Body made clear that under WTO rules, countries have the right to take trade action to protect the environment (in particular, human, animal or plant life and health) and endangered species and exhaustible resources). The WTO does not have to “allow” them this right. It also said measures to protect sea turtles would be legitimate under GATT Article 20 (i.e. XX) which deals with various exceptions to the WTO’s trade rules, provided certain criteria such as non-discrimination were met. The US lost the case, not because it sought to protect the environment but because it discriminated between WTO members. It provided countries in the western hemisphere — mainly in the Caribbean — technical and financial assistance and longer transition periods for their fishermen to start using turtle-excluder devices. It did not give the same advantages, however, to the four Asian countries (India, Malaysia, Pakistan and Thailand) that filed the complaint with the WTO.

Os Estados Unidos, para oferecer restrições às importações de camarões vindos da Índia, Malásia e Paquistão, utilizaram-se do artigo XX(g) do GATT²⁵⁸ sob o argumento de que este dispositivo deveria ser interpretado à luz do preâmbulo do Tratado de Marrakesh, salientando o seguinte:

Um objetivo ambiental é fundamental para a aplicação do artigo XX, e tal propósito não pode ser ignorado, especialmente quando o preâmbulo do Tratado de Marrakesh, que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio (o “Tratado da OMC”) reconhece que as regras do comércio “devem estar de acordo com o objetivo do desenvolvimento sustentável” e devem se destinar a proteger e preservar o meio ambiente²⁵⁹

Muito embora o argumento norte-americano não tenha sido acolhido pelo órgão de apelação, este, em sua decisão, consignou expressamente que “o preâmbulo do Tratado da OMC – o qual se norteia não só o GATT 1994 como também todos os outros acordos que abrange – reconhece explicitamente o ‘objetivo do desenvolvimento sustentável’”.

The ruling also said WTO panels may accept “amicus briefs” (friends of the court submissions) from NGOs or other interested parties”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm>. Acesso em: 19 maio 2012.

²⁵⁸ Artigo XX - Exceções Gerais - Sujeito aos requisitos de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira que possam constituir arbitrária ou injustificada discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou disfarçada restrição ao comércio internacional, nada neste Acordo poderá ser interpretado de forma a evitar a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante de medidas: [...] (g) relacionadas à conservação de recursos naturais esgotáveis se tais medidas forem efetuadas conjuntamente com restrições à produção e ao consumo domésticos;

²⁵⁹ “[a]n environmental purpose is fundamental to the application of Article XX, and such a purpose cannot be ignored, especially since the preamble to the Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organization (the ‘WTO Agreement’) acknowledges that the rules of trade should be ‘in accordance with the objective of sustainable development’, and should seek to ‘protect and preserve the environment’. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

O *status* jurídico dado pelo órgão ao desenvolvimento sustentável, neste julgamento, portanto, foi o de objetivo. Mas o interessante e, no ponto, vital para o presente estudo, é a explicação que o acórdão do órgão de apelação deu ao conceito de desenvolvimento sustentável: “[e]ste conceito foi aceito de forma geral como um elemento integrador do desenvolvimento econômico e social e da proteção ambiental”.

Segundo o estudioso Markus W. Gehring (2008), o fato é importante por duas razões:

Primeiro, porque o órgão de apelação da OMC delineou seu entendimento sobre a natureza do desenvolvimento sustentável e concordou que este deve ser tratado como ‘conceito’ (em oposição a princípio, política ou norma) no âmbito do direito internacional do comércio. Em segundo lugar, uma leitura da definição demonstra o reconhecimento, por parte da OMC, da necessidade de integrar todos os três elementos ou ‘pilares’ do desenvolvimento sustentável – desenvolvimento social, desenvolvimento econômico e proteção ambiental²⁶⁰.

Percebe-se, assim, uma evolução interpretativa frente ao julgamento que precedeu o caso *US-Shrimp*, haja vista que o órgão de apelação passou a ter um conceito próprio do desenvolvimento sustentável como elemento necessário para integrar três pilares distintos dentro da aplicação do direito internacional do comércio.

Muito embora se tenha adotado tal conceito, entendeu-se que a medida adotada pelos Estados Unidos não era justificável assim como se caracterizava como arbitrária à luz do sistema GATT/OMC, de sorte que a restrição posta foi declarada incompatível com o ordenamento jurídico respectivo.

²⁶⁰ This is remarkable for two reasons. First, the WTO Appellate Body delineated its stance on the nature of sustainable development and agrees that it should be framed as a ‘concept’ (as opposed to a principle, policy or rule), in world trade law. Second, a reading of the definition demonstrates the WTO’s recognition of the need to integrate all three elements or ‘pillars’ of sustainable development – social development, economic development and environmental protection”. (GEHRING, 2008, p.283-284).

Injustificável porque interferia de maneira determinante nas decisões políticas tomadas pelos países que compõe a OMC, e arbitrária uma vez que a medida, demasiado rígida e inflexível, também não oferecia transparência quanto aos processos de controle de cumprimento de suas determinações, que ficavam inteiramente a cargo dos órgãos regulatórios do governo norte-americano.

O julgado seguinte em que houve menção ao desenvolvimento sustentável foi aquele que ficou conhecido como *EC-Tariff Preferences Case*²⁶¹.

Muito embora a causa não tenha tido eminentemente uma natureza ambiental, resta destacar que o órgão de apelação, citando a decisão do caso *US-Shrimp*, entendeu que os objetivos da OMC, fazendo menção expressamente ao desenvolvimento sustentável, podem

²⁶¹ “India considered that the tariff preferences accorded by the EC under the special arrangements, (i) for combating drug production and trafficking and (ii) for the protection of labour rights and the environment, create undue difficulties for India’s exports to the EC, including for those under the general arrangements of the EC’s GSP scheme, and nullify or impair the benefits accruing to India under the most favoured nation provisions of Article I:1 of the GATT 1994 and paragraphs 2(a), 3(a) and 3(c) of the Enabling Clause. The Panel found that the tariff advantages under the Drug Arrangements were inconsistent with Art. I:1, as the tariff advantages were accorded only to the products originating in the 12 beneficiary countries, and not to the like products originating in all other Members, including those originating in India. The Appellate Body agreed with the Panel that the Enabling Clause is an “exception” to GATT Art. I:1, and concluded that the Drug Arrangements were not justified under para. 2(a) of the Enabling Clause, as the measure, inter alia, did not set out any objective criteria, that, if met, would allow for other developing countries “that are similarly affected by the drug problem” to be included as beneficiaries under the measure. In this regard, although upholding the Panel’s conclusion, the Appellate Body disagreed with the Panel’s reasoning and found that not every difference in tariff treatment of GSP beneficiaries necessarily constituted discriminatory treatment. Granting different tariff preferences to products originating in different GSP beneficiaries is allowed under the term ‘non-discriminatory’ in footnote 3 to para. 2, provided that the relevant tariff preferences respond positively to a particular “development, financial or trade need” and are made available on the basis of an objective standard to “all beneficiaries that share that need.” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds246sum_e.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2012.

ser atingidos por meio das chamadas exceções gerais previstas no artigo XX(g)²⁶².

Como primeira constatação, deve-se salientar que o órgão ainda tratou do desenvolvimento sustentável dentro do conceito de “objetivo”, mas de uma forma mais ampla e com uma maior interferência no funcionamento do regime multilateral do comércio.

Isso porque neste julgamento o órgão de apelação legitimou a adoção de medidas restritivas ao comércio internacional a fim de atender aos objetivos do tratado, desde que preenchidos os requisitos das exceções gerais, vale dizer, desde que respeitada a regra contida no artigo XX do GATT.

Mais uma vez, todavia, entendeu-se que a restrição imposta não era justificável à luz do dispositivo, por ausência de provas cabais de que o sistema de remédios desenvolvido pela União Europeia poderia contribuir para a saúde de maneira mais satisfatória do que os demais, a merecer um tratamento diferenciado.

Avançando dentro da mesma análise, há se ressaltar outro caso determinante para o tratamento do desenvolvimento sustentável no campo do direito do comércio internacional, o qual demonstra ao menos um indício de uma mudança de paradigma.

O caso *Brazil-Retreated Tyres*²⁶³ é interessante para a presente análise pois, a partir deste, passou-se a considerar a possibilidade de

²⁶² “We note, however, as did the Panel, that WTO objectives may well be pursued through measures taken under provisions characterized as exceptions. The Preamble to the WTO Agreement identifies certain objectives that may be pursued by Members through measures that would have to be justified under the “General Exceptions” of Article XX. For instance, one such objective is reflected in the recognition by Members that the expansion of trade must be accompanied by: ... the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, [with Members] seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development[.]” WT/DS246/AB/R European Communities - Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries - AB-2004-1 - Report of the Appellate Body (*EC – Tariff Preferences*), § 94. Disponível em: <http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28%40meta%5FSymbol+WT%FCDS246%FCAB%FCR%2A+and+not+RW%2A%29&language=1>. Acesso em: 22 nov. 2012.

²⁶³ “European Communities requested consultations with Brazil on the imposition of measures that adversely affect exports of retreaded tyres from the EC to the Brazilian market. The EC considers that the foregoing measures are

inconsistent with Brazil's obligations under Articles I:1, III:4, XI:1 and XIII:1 of the GATT 1994. On 17 November 2005, the European Communities requested the establishment of a panel. At its meeting on 28 November 2005, the DSB deferred the establishment of a panel until a second request is made by the European Communities. The Panel concluded that with respect to Brazil's import prohibition on retreaded tyres (i) Portaria SECEX 14/2004 is inconsistent with Article XI:1 of GATT 1994 in that it prohibits the issuance of import licences for retreaded tyres, and is not justified under Article XX(b) of GATT 1994; (ii) Portaria DECEX 8/1991, to the extent that it prohibits the importation of retreaded tyres, is inconsistent with Article XI:1 and is not justified under Article XX(b) of GATT 1994; and (iii) Resolution CONAMA 23/1996 is not inconsistent with Article XI:1; with respect to the fines imposed by Brazil on importation, marketing, transportation, storage, keeping or warehousing of retreaded tyres, Presidential Decree 3.179, as amended by Presidential Decree 3.919, is inconsistent with Article XI:1 of GATT 1994 in that it imposes limiting conditions in relation to the importation of retreaded tyres and is not justified under either Article XX(b) or Article XX(d) of GATT 1994; with respect to the measures maintained by the Brazilian State of Rio Grande do Sul in respect of retreaded tyres, Law 12.114, as amended by Law 12.381, is inconsistent with Article III:4 of GATT 1994 in that it accords less favourable treatment to imported retreaded tyres than to like domestic products and is not justified under Article XX(b) of GATT 1994. On 3 September 2007, the European Communities notified its intention to appeal to the Appellate Body certain issues of law covered in the Panel report and certain legal interpretations developed by the Panel. On 3 December 2007, the Appellate Body report was circulated to Members. The Appellate Body upheld the Panel's finding that the import ban can be considered "necessary" within the meaning of Article XX(b) and is thus provisionally justified under that provision and found that the Panel did not breach its duty under Article 11 of the DSU to make an objective assessment of the facts. As well, the Appellate Body reversed the Panel's findings that the MERCOSUR exemption would result in the import ban being applied in a manner that constitutes unjustifiable discrimination and a disguised restriction on international trade only to the extent that it results in volumes of imports of retreaded tyres that would significantly undermine the achievement of the objective of the import ban; Yet, the Appellate Body reversed the Panel's findings that the MERCOSUR exemption has not resulted in arbitrary discrimination and that the MERCOSUR exemption has not resulted in unjustifiable discrimination; and found instead that the MERCOSUR exemption has resulted in the import ban being applied in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination within the meaning of the chapeau of Article XX; As well, Appellate Body reversed the Panel's findings that the imports of used tyres under court injunctions have resulted in the import ban being applied in a manner that constitutes unjustifiable discrimination and a disguised restriction on international trade only to the extent that such imports

invocar o desenvolvimento sustentável como elemento para impor restrições ao comércio internacional, com fundamento no art. XX(b) do Tratado da OMC.

Foi a primeira ocasião em que uma medida unilateral tomada por um país em desenvolvimento²⁶⁴ e restritiva de importações, com finalidades (exclusivamente) ambientais, voltadas ao atendimento do desenvolvimento sustentável, foi considerada como justificável e compatível com o art. XX(b) do GATT pelo órgão de apelação da OMC²⁶⁵.

Mais que isso, foi a primeira oportunidade que um país em desenvolvimento tratou do desenvolvimento sustentável como um princípio vinculante de direito internacional e apto a justificar a adoção de tais medidas²⁶⁶.

Nessa toada, importante destacar que o Brasil, tão logo citado para responder à consulta lançada pelas (então) Comunidades Europeias no âmbito do Comitê do Comércio e Meio Ambiente, destacou, em defesa à manutenção das medidas restritivas, o seguinte:

have taken place in volumes that significantly undermine the achievement of the objective of the import ban; and found instead that the imports of used tyres under court injunctions have resulted in the import ban being applied in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination within the meaning of the chapeau of Article XX; and, finally, with respect to Article XX of the GATT 1994, the Appellate Body upheld, albeit for different reasons, the Panel's findings that the import ban is not justified under Article XX of the GATT 1994.” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>. Acesso em: 26 nov. 2012.

²⁶⁴ Nos demais casos tratados, além daqueles citados na nota 253, as medidas ambientais foram invocadas por países desenvolvidos.

²⁶⁵ Vale frisar que, muito embora as restrições impostas pelo Brasil tenham sido consideradas como justificáveis do ponto de vista do artigo XX(b) do GATT, estas foram declaradas ilegais por se implicarem em uma discriminação injustificada e uma restrição disfarçada ao comércio internacional tendo em vista que restou permitida uma quota de importações aos países do Mercosul. Ainda, importante destacar que o primeiro caso em que uma barreira foi considerada como justificada sob o artigo XX(b) e (g) do GATT foi o caso conhecido como *US-Gasoline*, no qual, todavia, o argumento foi levantado por um país desenvolvido e, ainda, o desenvolvimento sustentável não foi diretamente utilizado como fundamento para a imposição da barreira comercial. Nesse sentido, recomenda-se a leitura de Avafia (2005, p. 259-271).

²⁶⁶ “This submission can be considered an interesting choice of words, because previously only developed countries had sought to invoke a legally binding principle of sustainable development.” (GEHRING, 2008, p. 287).

Ademais, a fim de atender aos citados objetivos, e em harmonia com o largamente aceito princípio do desenvolvimento sustentável – incluído no preâmbulo do Tratado da OMC – o Brasil banii a importação de pneus recauchutados²⁶⁷.

Percebe-se com clareza que, na concepção brasileira, o desenvolvimento sustentável possui o *status* de princípio em disputas jurídicas internacionais e mais, também por esta razão, presta-se a justificar a imposição destas de maneira unilateral.

A posição de Cuba, neste particular, é a mesma, tal qual se percebe de sua manifestação quando da discussão, no âmbito da audiência do órgão de apelação, acerca da importância do princípio do desenvolvimento sustentável.

Com efeito, colhe-se do relatório do julgamento do órgão de apelação, mais precisamente no § 85:

Cuba, em sua manifestação na audiência, expressou sua concordância com as conclusões do Painel de que a barreira de importação era necessária para reduzir a exposição da vida e saúde humana, vegetal e animal a riscos decorrentes de resíduos de pneus. Cuba também enfatizou a importância do princípio do desenvolvimento sustentável e de política de preservação ambiental, e reforçou que o manejo dos resíduos de pneus é um desafio particular aos países em desenvolvimento, dada sua importância ambiental e os custos econômicos envolvidos²⁶⁸.

²⁶⁷ “Moreover, in order to achieve the cited objectives, and in harmony with the widely accepted principle of sustainable development – included in the preamble of the WTO Agreement – Brazil banned imports of used retreated tyres”. Comitê on Trade and Environment, **Trade in used and retreated tyres** – Submission by Brazil (12 July, 2005). WT/CTE/W/241. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis00_e.htm>. Acesso em: 26 nov. 2012.

²⁶⁸ “Cuba, in its statement at the oral hearing, expressed its agreement with the Panel’s findings that the Import Ban was necessary to reduce the exposure of human, animal, or plant life or health to risks arising from waste tyres. Cuba also emphasized the importance of the principle of sustainable development and environment preservation policies, and recalled that waste tyre management presents a challenge in particular for developing countries, given the significant environmental and economic costs it involves.” WTO. **Brazil: Measures**

Vale ressaltar que, muito embora o órgão de apelação tenha acolhido os aludidos argumentos e reconhecido que o desenvolvimento sustentável exerce um papel normativo, não reconheceu de maneira explícita sua condição de princípio de direito internacional e impôs, concomitantemente, limitações jurídicas a seu uso para a finalidade de impor restrições unilaterais ao comércio internacional²⁶⁹.

Estas limitações residem, dentre outros testes que serão abordados com maior profundidade no capítulo subsequente, em verificar se a restrição comercial é apta a conferir uma contribuição material ao objetivo perseguido, como por exemplo, projeções quantitativas para o futuro ou análises qualitativas baseadas em hipóteses comprovadas por evidências²⁷⁰.

De qualquer forma, o referido caso teve uma importância por dois vieses no que toca à utilização do desenvolvimento sustentável no campo do direito do comércio internacional e sua interpretação pelos painéis e pelo órgão de apelação da OMC.

A uma, pois ambos reconheceram que este se tornou uma parte integrante do sistema multilateral do comércio, conferindo-lhe valor normativo²⁷¹. Esta assertiva encontra espeque também na opinião

Affecting Imports of Retreated Tyres. Report of the Appellate Body (3 Dec. 2007). § 85. WT/DS332/AB/R. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>. Acesso em: 26 nov. 2012.

²⁶⁹ Trata-se, na opinião de Markus Gehring (2008, p. 290), de “impedir que o desenvolvimento sustentável seja utilizado como um trunfo”. Salienta o autor que “it is clear that the panels and the Appellate Body will not accept sustainable development as a trump card. It can not just be invoked in order to justify non-compliance with established WTO disciplines. On the other hand, is also not without legal value. It also shows that sustainable development is not a one-way relationship between developed and developing countries but rather promotes mutual understanding and also be successfully employed by both groups”.

²⁷⁰ “Here the Appellate Body underscored the long-term sustainability of a measure adopted by the parties and lowered the burden of proof of necessity in environmental cases. There is no obligation to provide costly and difficult in-depth analyses, in particular quantitative economic projections and the like when establishing ‘necessity’. Qualitative, inductive and logical reasoning based on available science and other information will normally be quite sufficient to cover. This might be of special importance to developing country governments with limited resources at their disposal”. (VOIGT, 2009, p. 140).

²⁷¹ “Para Christina Voigt (2009, p. 140), “[i]n analyzing these cases we find that sustainable development has been embraced by the WTO dispute settlement body to provide and support legal arguments”. Markus Gehring (2008, p. 290),

abalizada de Christina Voigt, para quem “analisando esses casos concluímos que o desenvolvimento sustentável foi abraçado pelo órgão de resolução de controvérsias da OMC para fornecer e apoiar argumentos legais”²⁷².

A duas pois, além de oportunizar aos membros da organização manifestarem suas opiniões acerca do *status* jurídico do desenvolvimento sustentável no plano do direito internacional (tratando-o como princípio), o julgado revolucionou o entendimento do órgão de solução de controvérsias ao entender que uma barreira posta com motivos ambientais, e voltada ao atendimento do desenvolvimento sustentável, é plenamente justificável frente à disciplina do artigo XX(b) do GATT, estabelecendo, ainda, o embrião de um mecanismo de análise e racionalismo jurídico para se chegar a esta conclusão²⁷³.

Nota-se, com isso, tanto no âmbito da OMC como dos países membros, uma ampliação de evolução interpretativa do desenvolvimento sustentável, haja vista que a organização, por meio tanto dos painéis como de seu órgão de apelação, passa a entender que o regramento jurídico do comércio internacional, eis que inserido dentro de um sistema jurídico mais amplo, permite flexibilizar suas regras para atender a outras normas do sistema jurídico internacional.

Ainda, pode-se verificar com clareza uma mudança de postura no sentido de alguns dos países membros da organização já considerarem o desenvolvimento sustentável enquanto um princípio de direito internacional, tanto que passaram a justificar a imposição de barreiras unilaterais com base neste.

por sua vez, salienta que “[t]he reasoning of the WTO dispute settlement body in these cases, taken together, demonstrates that the objective of sustainable development become an integral part of the world trading system. Legal arguments encompassing an integrated developmental and environmental approach have been made by the parties and accepted by the relevant dispute settlement organs”.

²⁷² “In analyzing these cases we find that sustainable development has been embraced by the WTO dispute settlement body to provide and support legal arguments”. (VOIGT, 2009, p. 140).

²⁷³ Este será objeto de análise mais detida no capítulo subsequente. No presente momento, vale ressaltar a constatação de Gehring (2008, p. 290), para quem “[a] solid legal understanding of the objective [of sustainable development] and its underlying principles, as well as the appropriate application of specific facts of each case embedded in a reasoned legal argument is required to make a successful sustainable development argument”.

Dessa forma, o órgão de solução de controvérsias passa a tomar, na prática, decisões no sentido de que o próprio objetivo último da organização, a promoção do livre-comércio, não é incompatível com medidas destinadas a dar vazão ao desenvolvimento sustentável, desde que respeitadas algumas regras.

E mais, ao reconhecer que o desenvolvimento sustentável, nesse particular, exerce um papel normativo²⁷⁴, abre-se margem tanto para que novas barreiras sejam impostas com base neste fundamento como para que seja criado um mecanismo que defina a aplicação deste e seus princípios aos casos concretos, provendo soluções aptas a compatibilizar, pela via da integração, tanto a necessidade de proteção do meio ambiente como a de manutenção de um comércio previsível e sem a imposição de restrições unilaterais desleais.

3.2 PRESENÇA E ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇAS NO CLIMA E NO PROTOCOLO DE QUIOTO

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima é um dos tratados internacionais resultado dos trabalhos desenvolvidos na Cúpula da Terra, realizada no Rio de Janeiro, em 1992.

O acordo foi firmado em 9 de maio de 1992 e entrou em vigor em 21 de março de 1994. Atualmente, a maioria dos Estados do globo são partes da Convenção, somando um total de 192 países²⁷⁵.

O tratado estabelece uma série de conceitos, princípios e obrigações, todos destinados a um só objetivo, expresso no artigo 2º de seu texto:

O objetivo final desta Convenção e de quaisquer instrumentos jurídicos com ela relacionados que adote a Conferência das Partes é o de alcançar, em conformidade com as disposições pertinentes desta Convenção, a estabilização das

²⁷⁴ “Although the Appellate Body eventually judged that the US import measures constituted unjustifiable discrimination for other reasons, these references supported the legal status of the principle of sustainable development in international law”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 148).

²⁷⁵ Os dados foram retirados do site oficial da ONU, disponível em: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXVII~7&chapter=27&Temp=mtdsg3&lang=en#1>. Acesso em: 3 dez. 2012.

concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Esse nível deverá ser alcançado num prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima que assegure que a produção de alimentos não seja ameaçada e que permita ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável²⁷⁶.

Por meio do acordo criou-se também uma complexa estrutura – que também é alterada e renovada periodicamente – administrativa para viabilizar que a comunidade internacional possa atingir o escopo da Convenção. Dentre os variados órgãos²⁷⁷, merece destaque a Conferência das Partes (COP), seu braço executivo.

²⁷⁶ Texto da versão brasileira, promulgada pelo Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998.

²⁷⁷ O organograma completo pode ser visualizado no site oficial da Convenção, disponível em: <<http://unfccc.int/bodies/items/6241.php>>. Acesso em: 3 dez. 2012. Há, além da Conferência das Partes, um secretariado executivo, cargo este ocupado pela Costa-Riquenha Christiana Figueres, cujo papel é o de fornecer suporte organizacional e conhecimentos técnicos para as negociações da Convenção, além de facilitar o fluxo de informações fidedignas sobre a implementação desta e do Protocolo de Quioto. Isto inclui o desenvolvimento e a aplicação efetiva de abordagens inovadoras para mitigar a mudança climática e impulsionar o desenvolvimento sustentável; Além disso, destacam-se dois órgãos subsidiários, o de assessoramento científico e tecnológico e o de implementação, ambos órgãos de apoio. O primeiro, técnico; o segundo, estratégico. Há, ainda, três grupos *ad hoc*: (i) um destinado a considerar a conveniência de adotar compromissos adicionais para as Partes do Anexo I do Protocolo de Quioto; outro para conduzir um processo abrangente que possibilite a implementação plena, efetiva e sustentada da Convenção por meio de ação de longo prazo de cooperação, agora, até e além de 2012, a fim de alcançar um resultado acordado para ser apresentado ao COP para adoção; o terceiro, criado na COP 17, havida em Durban, destina-se a desenvolver um protocolo, outro instrumento legal ou um resultado acordado com força legal na Convenção aplicável a todas as partes. O aludido grupo tem a missão de completar seu trabalho o mais cedo possível, no mais tardar até 2015, a fim de viabilizar a adoção do texto na sessão vigésimo primeiro do COP e para que possa entrar em vigor e ser implementado a partir de 2020 – quando se encerra a vigência do Protocolo de Quioto, já considerada sua postergação pela própria COP 17. Há também um Bureau, com funções de aconselhamento e orientação sobre os trabalhos em curso no âmbito da Convenção e do Protocolo de Quioto,

A COP é o órgão decisório supremo da Convenção, que se reúne anualmente para discutir e rever os mecanismos para facilitar, viabilizar e incrementar resultados práticos da Convenção. Para tanto, as negociações geram novos tratados ou mesmo outros mecanismos jurídicos – como as decisões, por exemplo – que vinculam as partes.

Em 1997, durante a COP-3 (terceira conferência das partes), ocorrida em Quioto, no Japão, foi finalizado o texto de um protocolo adicional, destinado a dar vazão prática aos compromissos assumidos pelos países no âmbito da CQNUMC.

Conhecido como protocolo de Quioto²⁷⁸, o tratado internacional entrou em vigor em 2005²⁷⁹ e teve, dentre várias deficiências²⁸⁰, o

a organização de suas sessões e o funcionamento do secretariado, especialmente nos momentos em que o COP e a CMP não estão em sessão. O Bureau é eleito de representantes das partes indicadas por cada um dos cinco grupos regionais das Nações Unidas e os pequenos Estados insulares em desenvolvimento. Completam a relação diversos outros órgãos com funções bastante específicas, voltadas à implementação das iniciativas já introduzidas pelo Protocolo de Quioto, dentre os quais se destacam o conselho executivo do mecanismo de desenvolvimento limpo, o comitê de supervisão das medidas de controle implantadas, o comitê executivo de tecnologia, o comitê de adaptação, o fundo de adaptação (estes dois últimos voltados exclusivamente ao Protocolo de Quioto), o grupo de peritos dos países desenvolvidos, o grupo consultivo de peritos dos países que não integram o Anexo I da Convenção, o de instalações ambientais globais, o conselho do fundo verde para o clima e, finalmente, o painel intergovernamental sobre mudanças climáticas. Para uma leitura mais aprofundada sobre cada órgão e suas funções, recomenda-se Yamin e Depledge (2004).

²⁷⁸ O Protocolo de Quioto incide nas emissões de seis gases com efeito de estufa: dióxido de carbono (CO₂); metano (CH₄); óxido nitroso (N₂O); hidrocarbonetos fluorados (HFC); hidrocarbonetos perfluorados (PFC); hexafluoreto de enxofre (SF₆). Constitui um passo em frente importante na luta contra o aquecimento planetário, pois contém objetivos vinculativos e quantificados de limitação e redução dos gases com efeito de estufa. Globalmente, os Estados signatários do anexo I da Convenção-Quadro (ou seja, os países industrializados) comprometem-se, em conjunto, a reduzir as suas emissões de gases com efeito de estufa, com vista a uma redução das emissões totais dos países desenvolvidos em, pelo menos, 5% em relação aos níveis de 1990, durante o período 2008-2012. O anexo B do Protocolo apresenta os compromissos quantificados assumidos pelos Estados signatários.

²⁷⁹ Para que pudesse entrar em vigor, o art. 25.1 do Protocolo de Quioto assim dispôs: “[e]ste Protocolo entra em vigor no nonagésimo dia após a data em que pelo menos 55 Partes da Convenção, englobando as Partes incluídas no Anexo I que contabilizaram no total pelo menos 55 por cento das emissões totais de

mérito de estabelecer alguns princípios e ações concretas – como o mecanismo de desenvolvimento limpo e o mercado de carbono, por exemplo²⁸¹.

Além disso, inovou ao estabelecer metas para que os países desenvolvidos (discriminados no Anexo I do acordo) reduzissem a emissão de gases do efeito estufa, objetivando atingir, até dezembro de

dióxido de carbono em 1990 das Partes incluídas no Anexo I, tenham depositado seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão”. Tendo em vista a recusa dos Estados Unidos em ratificar o acordo – país responsável por 36% da totalidade das emissões a que se refere o dispositivo – o *quorum* mínimo somente foi atingido com a ratificação da Rússia, em 2005. Este atraso na entrada em vigor do tratado certamente influenciou de maneira decisiva para o não atingimento das metas estipuladas para o fim de 2012, implicando na prorrogação do prazo de vigência do Protocolo de Quioto até 2020 depois de não menos dura negociação durante a COP 17, em Durban. Para uma leitura mais detida sobre este processo, recomenda-se French (2005, cap. 7).

²⁸⁰ Há diversas críticas sobre a fragilidade dos termos do Protocolo de Quioto bem como da dificuldade de suas disposições serem efetivas na prática, tendo em vista tocarem diretamente elementos vitais para a sobrevivência das economias modernas, notadamente o modo de produção e a ótica consumista da produção em larga escala. Ainda, são tecidas duras críticas pelo fato de o Protocolo ter previsto institutos de mercado que permitem que a degradação continue (os chamados mecanismos flexíveis, como o mercado de créditos de carbono, por exemplo) e se possa negociar uma quantidade de degradação autorizada. Todavia, tal qual salienta com propriedade Christina Voigt (2009, p. 70-71), além de ser o avanço possível daquele momento histórico, é inegável que tais estruturas ao menos iniciaram um processo que há muito se quedava inerte, possibilitando o repensar destas mesmas estruturas e seu aprimoramento futuro. Uma das evidências de que assiste razão à mencionada autora foi a aprovação, no âmbito da Convenção das Partes, da utilização dos chamados dos REDDs no âmbito da CQNUMC na recente COP 17, de Durban. Estes instrumentos possuem ótica distinta do mercado de carbono e buscam, para se utilizar da expressão recorrente da qual se vale Cristiane Derani, conferir valor à floresta em pé. Para maiores informações sobre o sistema dos REDD, e dada a escassa bibliografia, recomenda-se a visita ao sítio eletrônico das Nações Unidas sobre a temática, disponível em: <<http://www.un-redd.org/>>. Acesso em: 4 dez. 2012.

²⁸¹ Tais instrumentos apenas tangenciam o objeto do presente estudo, de sorte que este se limitará a fazer referência à sua existência. Veja-se as seguintes obras, para uma leitura mais aprofundada e crítica: Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 356 e ss.); Voigt (2009, p. 70 e ss.) e, ainda, French, (2005, cap. 7).

2012 (período de vigência do tratado), uma redução média nas emissões na ordem de 5,7%.

Nos tópicos subsequentes analisar-se-á o funcionamento do regime jurídico internacional das mudanças climáticas, o qual possui como espinha dorsal o texto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima bem como o Protocolo de Quioto, a partir de seus princípios norteadores.

Na sequência, debruçar-se-á sobre a presença e o comportamento do princípio do desenvolvimento sustentável dentro deste arcabouço jurídico para, finalmente, e a partir da ótica construída nos dois itens precedentes, investigar qual a natureza e quais são as obrigações assumidas pelas partes dos aludidos acordos.

3.2.1 Princípios norteadores da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima e do Protocolo de Quioto

Como qualquer sistema jurídico que se preze, o ora em estudo também fixa um objetivo central e introduz princípios (também estes jurídicos) que devem nortear não só o modo de aplicação e interpretação das demais normas que abarca como também a interação destas com os demais sistemas que se encontram inseridos no mesmo contexto – do direito internacional público.

Iniciando-se a presente análise a partir do preâmbulo do Tratado²⁸², por questões de coerência lógica e metodológica, alguns itens merecem especial destaque. O primeiro deles que convém trazer à baila é o fato de o acordo considerar que “a mudança de clima da Terra e seus efeitos negativos são uma preocupação comum da humanidade”.

De pronto, verifica-se que o escopo dos 192 países que fazem parte da Convenção, nos termos do art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, foi o de conferir grau de universalidade ao objeto do regime jurídico destinado a evitar os efeitos negativos da mudança no clima.

Esta universalidade não é restrita ao fato de ampla gama dos membros da comunidade internacional reconhecerem como (juridicamente) relevante a instituição de um arcabouço normativo para tratar das mudanças no clima.

²⁸² Sobre o papel do preâmbulo nos Tratados internacionais, adota-se para o presente tópico as mesmas considerações e bases teóricas utilizadas para a construção do item 3.1.2 supra.

É mais ampla. Reconhece-se, por meio desta disposição, que este tema interfere na relação não só do ser humano com o meio ambiente, mas também traz implicações diretas aos modelos econômicos vigentes, assim como é capaz de gerar distorções sociais não desejadas.

Pode-se extrair esta exegese do cotejo com outras disposições do preâmbulo, como, por exemplo, aquelas que insistem em consagrar a intersecção entre aspectos ambientais, econômicos e sociais. Veja-se:

Reconhecendo que as medidas necessárias à compreensão e à solução da questão da mudança do clima serão ambiental, social e economicamente mais eficazes se fundamentadas em relevantes considerações científicas, técnicas e econômicas e continuamente reavaliadas à luz de novas descobertas nessas áreas;

[...] Afirmando que as medidas para enfrentar a mudança do clima devem ser coordenadas, de forma integrada, com o desenvolvimento social e econômico, de maneira a evitar efeitos negativos neste último, levando plenamente em conta as legítimas necessidades prioritárias dos países em desenvolvimento para alcançar um crescimento econômico sustentável e erradicar a pobreza; Determinadas a proteger o sistema climático para gerações presentes e futuras²⁸³.

Pode-se verificar, a partir da leitura coordenada e sistemática das disposições do preâmbulo, que os Estados contratantes de fato buscaram ampliar o escopo de atuação do regime das mudanças no clima, não restringindo-o ao aspecto ambiental, pelo contrário.

Esta também é a percepção de Christina Voigt, para quem as constantes referências do preâmbulo, auxiliadas pelo contexto no qual se inserem as mudanças climáticas, bem como no momento que vivia a comunidade internacional ao conceber o texto, revelam a intenção de ampliar o espectro de atuação da CQNUMC:

[...] Evidencia-se que o trato com as mudanças no clima é, de longe, uma questão mais complexa do que qualquer outro tema que o direito internacional público buscou regular. Mudanças

²⁸³ Texto do Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998, que promulga no Brasil a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

climáticas não podem ser categorizadas simplesmente como um problema ambiental. Tampouco se constituem em simples questões de desenvolvimento ou crescimento econômico. O desafio das mudanças climáticas desconhece as limitações espaciais e temporais que até então definiram os problemas pontuais da comunidade global e suas respectivas responsabilidades legais. [...] desafiam não somente a estrutura fragmentada do direito internacional, mas a estrutura da comunidade internacional em geral²⁸⁴.

Tenha-se em mente, assim, que o campo regulado pelo direito das mudanças climáticas, portanto, transcende o aspecto ambiental e toca outros regimes jurídicos do plano internacional, como o da economia e, ainda, dos direitos humanos.

A partir do preâmbulo, portanto, pode-se extrair que ao aplicar as normas constantes tanto na Convenção-Quadro como no Protocolo de Quioto (que a ela adere de forma harmônica) a determinado caso, a fim de atingir o objetivo que se busca, deve-se ter sempre em foco as relações que o regime fará com outros campos do direito internacional público.

Portanto, e consoante já salientado, esta é a leitura que se deve dar ao preâmbulo a fim de atender ao disposto no art. 31.1 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, no sentido de que haja integração entre os regimes jurídicos aplicáveis ao caso concreto, na busca do objetivo do Tratado.

²⁸⁴ “The challenge of climate change goes to the heart of the structure of modern societies, industries, economies and global relationships. What has become apparent is that climate change is a far more complex issue than any other issue public international law aims to address. Climate change cannot be categorized simply as an environmental problem. Nor is it simply a matter of development or economic growth. The challenge of global climate change exceeds time and space limitations that previously defined singular problems of the world community and their respective legal responses. Unprecedented questions of global equity, such as fairness in cost and responsibility sharing and differences in vulnerability and social aspects, link climate change to a multitude of interlinked problems of late modern society. The breadth and contextual richness of the climate change regime go far beyond singular responses and challenge not only the fragmented structure of international law, but the structure of world community in general” (VOIGT, 2009. p. 58).

Quanto a este, pode ser encontrado no artigo 2º da CQNUMC²⁸⁵, e definido de forma sintética como “alcançar [...] a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático”.

Quer-se, em outras palavras e sempre à luz do preâmbulo, evitar os efeitos negativos da mudança no clima, ocasionada pelo excesso de emissões de gases do efeito estufa, a partir de uma ótica integrada que respeite os regimes da economia internacional e dos direitos humanos.

Importante frisar, no particular, que a Convenção não é utópica. Não almeja, com o art. 2º, solucionar o problema climático ou mesmo encerrar a emissão de gases do efeito estufa. Pelo contrário, a posição dos signatários é bastante realista, no sentido de que se deve assegurar a redução significativa das emissões concomitantemente com a manutenção da capacidade de produção de alimento e permitindo que haja um desenvolvimento econômico sustentável. Essa impressão é abalizada pelo escólio de Birnie, Boyle e Redgewell (2009, p. 358):

O objetivo da Convenção e seus instrumentos correlatos não é reverter a emissão de gases do efeito estufa, mas estabilizá-la em um “nível capaz de prevenir perigosas interferências antropogênicas no sistema climático”. A Convenção não especifica qual deve ser esse nível, e tampouco o Artigo 2 vislumbra que este deve ser atingido de forma imediata, mas apenas que deve ocorrer “dentro de um lapso temporal suficiente para permitir os ecossistemas se adaptarem naturalmente à mudança climática, assegurar que a produção de comida não seja ameaçada e permitir que o desenvolvimento econômico continue ocorrendo de uma maneira sustentável. As palavras do Artigo 2 sugerem que as partes compreendam que um certo nível de

²⁸⁵ Artigo 2. Objetivo. O objetivo final desta Convenção e de quaisquer instrumentos jurídicos com ela relacionados que adote a Conferência das Partes é o de alcançar, em conformidade com as disposições pertinentes desta Convenção, a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Esse nível deverá ser alcançado num prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima que assegure que a produção de alimentos não seja ameaçada e que permita ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável.

mudança climática é inevitável, e que estão preparados para tolerar isso, desde que ocorra devagar o suficiente para permitir a adaptação natural²⁸⁶.

Nesse particular, a leitura que se deve fazer das normas da convenção, portanto, é sempre diante do horizonte de permanência das mudanças climáticas, mas de forma estabilizada, permitindo que o sistema se adapte a estas.

Definido este primeiro marco, segue-se na análise. A fim de que se possa compreender o campo de abrangência do objetivo em testilha e, por conseguinte, o espectro de atuação da Convenção em si, alguns conceitos-chaves devem ser destrinchados.

O primeiro deles é o que se deve entender por “sistema climático”. A própria Convenção fornece esta resposta, ao dispor, já no artigo 1º.3, que este significa “a totalidade da atmosfera, hidrosfera, biosfera e geosfera e suas interações”.

Ao contrário do que uma primeira análise pode levar a crer, portanto, o sistema climático não se restringe à proteção de florestas e à manutenção da qualidade do sistema atmosférico, mas também de outros fatores e das interações destes.

Por sua vez, gases do efeito estufa são aqueles entendidos como “os constituintes gasosos da atmosfera, naturais e antrópicos, que absorvem e reemitem radiação infravermelha”, nos exatos termos do artigo 1º.5.

Verifica-se, assim, que não são todas as emissões de gases que se sujeitam às restrições impostas pelo regime das mudanças climáticas, mas apenas aquelas de determinados gases, que atendam às características físicas e químicas previstas no texto legal.

²⁸⁶ “The objective of the Convention and of related instruments is not to reverse greenhouse gas emissions but to *stabilize* them ‘at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system’. The Convention does not specify what that level might be, nor does Article 2 envisage that it should be achieved immediately, merely that it should be ‘within a time frame sufficient to allow ecosystems to adapt naturally to climate change, to ensure that food production is not threatened and to enable economic development to proceed in a sustainable manner’. The wording of Article 2 suggests that the parties envisage some degree of climate change is inevitable, and that they are prepared to tolerate it provided it happens slowly enough to allow natural adaptation”. (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 358).

A propósito, tampouco o termo “emissões” pode ser concebido como toda e qualquer liberação de gás, mas tão somente como aquela considerada “numa área específica e num período determinado”. Veja-se, pois, que durante todo o tempo que o aludido acordo internacional e o protocolo respectivo tratam de “emissões”, o fazem com referência a um lugar e períodos delimitados – o território do Estado em questão e o tempo de vigência do protocolo, no caso, até 2020²⁸⁷.

Finalmente, por efeitos negativos da mudança no clima, o artigo 1.1 dispõe que só podem ser consideradas como tal aquelas que implicarem em “efeitos deletérios significativos sobre a composição, resiliência ou produtividade de ecossistemas naturais e administrados, sobre o funcionamento de sistemas socioeconômicos ou sobre a saúde e o bem-estar humanos”.

Ou seja, ao se avaliar os termos do tratado, deve-se ter em mente que todas as disposições ali presentes só serão válidas quando houver enquadramento legal nas hipóteses descritas.

Assim sendo, determinado ato deverá ser considerado como abarcado pela norma se, concomitantemente, (i) implicar na emissão de um constituinte gasoso da atmosfera que absorva e reemita radiação infravermelha; (ii) a quantidade dessa emissão puder ser precisada em uma área e período determinados; (iii) impactar no modo natural de atuação da atmosfera, hidrosfera, geosfera, biosfera e suas interações; (iv) afetar de modo significativo e prejudicial a resistência e produtividade de um ecossistema, um sistema socioeconômico ou a saúde e bem-estar humanos.

Simplemente por essa disposição, percebe-se o quão amplo é o espectro de atuação da convenção, que, partindo da emissão de um gás, pode ser aplicada não somente quando houver um impacto negativo significativo no meio ambiente, mas também na própria economia e na vida das pessoas que se situem em determinada localidade.

Desse modo, mostra-se vital para os fins a que se destina o presente estudo, notadamente para a construção do que pode ser considerada uma barreira climática ao comércio internacional, destacar a importância da expressão “significativo” a que alude o dispositivo.

Nem toda e qualquer ação estatal concebida para reduzir emissões de gases do efeito estufa, ou mesmo a contribuir com o objetivo da CQNUMC, necessariamente estará abrigada pela norma.

²⁸⁷ Artigo 1. Definições. [...] 4. "Emissões" significa a liberação de gases de efeito estufa e/ou seus precursores na atmosfera numa área específica e num período determinado.

Isso porque, para tanto, deverá restar comprovado que a medida estatal se destina a evitar “efeitos deletérios significativos” nos casos previstos na legislação.

Paradoxalmente, há se salientar que tal definição reduz, em muito, as hipóteses de aplicação da Convenção, dada a exigência de prova dos efeitos que se busca evitar²⁸⁸.

E mais. Da leitura sistemática a partir do preâmbulo, deve-se entender que não basta qualquer tipo de prova para que se possa considerar determinada medida como destinada a “evitar os efeitos negativos da mudança no clima”.

A prova em questão deverá ser técnica, necessariamente “fundamentadas em relevantes considerações científicas, técnicas e econômicas e continuamente reavaliadas à luz de novas descobertas nessas áreas”²⁸⁹.

Pela adoção do termo “continuamente reavaliadas”, abre-se espaço para debater uma questão bastante interessante sobre a avaliação da prova apresentada, dado o comando preambular em referência bem como o seguinte: “as previsões relativas à mudança do clima caracterizam-se por muitas incertezas, particularmente no que se refere a sua evolução no tempo, magnitude e padrões regionais”.

Embora esta questão não se constitua ponto nodal para o objeto do presente estudo, é absolutamente necessária para a evolução do pensar acerca da temática, notadamente sobre a possibilidade de relativização, pelos Estados, de institutos processuais (como a coisa

²⁸⁸ A necessidade de prova, de certeza científica, depreende-se da interpretação sistemática da Convenção, notadamente do texto de seu preâmbulo. Isso porque ele reforça que todas as medidas necessárias à solução da questão no clima serão ambiental, social e economicamente mais eficazes se fundamentadas em relevantes considerações científicas e técnicas. Isso leva a crer pela necessidade de uma evidência robusta de um prejuízo para que se possa requerer a aplicação da Convenção. Todavia, convém salientar, tal qual dispõe o §2º do art. 3º, que a falta de certeza científica não pode ser utilizada como subterfúgio para postergar a adoção de uma medida que se julgue adequada – consagrando a aplicabilidade do princípio da precaução. Dessa forma, a fim de compatibilizar os dispositivos, deve-se entender que há, sim, a necessidade de uma evidência robusta para se adotar qualquer medida destinada à redução das emissões de gases do efeito estufa. Tal evidência, todavia, não necessariamente deve atestar a certeza científica de um fato (dano), mas sim a probabilidade (necessariamente alta, em razão do termo *relevante* que consta do preâmbulo) que ele ocorra.

²⁸⁹ Considerando do preâmbulo.

julgada, por exemplo) ou mesmo da processualização da prova científica, com vistas a garantir a efetividade da tutela do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, notadamente o sistema climático²⁹⁰.

²⁹⁰ Nesse sentido, interessantíssima é a obra de Eve Truilhé-Marengo, pesquisadora do Centro de Estudos e de Pesquisas Internacionais e Comunitárias da Université Paul Cézanne – Aix-en-Marseille III. Tivemos a oportunidade de conversar e assistir pessoalmente a conferência da pesquisadora, por ocasião do congresso organizado pelo EMAE – Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia no Direito Internacional, com o tema “Sustentabilidade e Biodiversidade: Direito, Meio Ambiente e Desenvolvimento Após a Rio+20”. A conferência, intitulada “Biodiversidade, juiz e conhecimentos científicos”, debruçou-se justamente sobre o papel do magistrado e da prova técnica quando da abordagem do judiciário acerca das questões ambientais. Esse importante trecho do magistério da aludida pesquisadora, extraídos de anais do evento, ainda pendentes de publicação: “Não é motivo de dúvida que os dados científicos, obtidos via perito científico, desempenham um papel decisivo no seio dos processos judiciais. Mas o diálogo permanente entre a ciência e o direito se torna fonte de dificuldade quando não há acordo entre os cientistas. Ora, em uma matéria complexa e evolutiva, em que as incertezas são numerosas, isto é frequentemente o caso. As questões ambientais alimentam controvérsias às vezes muito acirradas, apaixonadas, amplamente midiaticizadas, entre os cientistas. A perícia torna-se então uma questão, e o jurista – e, para além dele, o juiz – aparece frequentemente como seu refém. [...] Os receios suscitados pela complexidade científica dos litígios parecem com efeito ter conduzido a um reforço dos processos e a uma certa harmonização deles na escala internacional e mais certamente na europeia. Observada através do conjunto das jurisdições, esta tendência leva a crer que o juiz tenta resistir à força dos elementos científicos ao processualizá-los. Pois uma coisa que o juiz pode sempre fazer, é lutar com suas próprias armas e tentar submeter os dados científicos às regras fundamentais do processo jurídico. Não tendo os meios de apreciar o valor dos dados científicos produzidos, o juiz pode decidir praticar um controle extenso sobre o respeito das condições processuais aplicáveis à medida contestada: respeito das exigências em matéria de avaliação dos riscos, do princípio de proporcionalidade, dos prazos, do princípio do contraditório. O direito é finalmente levado a fazer o que ele faz, por outro lado, diante de uma incerteza, ou seja, generalizar os estudos de impacto. “A recepção da ciência no processo não é, em si mesma, uma atitude cognitiva, ela é sempre ‘processualizada’ e ‘moralizada’ pelo direito. Pode-se dizer que a ciência não se autolegitima à audiência. Ela é submetida à prova racional de sua receptibilidade processual e de sua compatibilidade com a ética do julgamento” (Canivet (G), *Le juge entre progrès scientifique et mondialisation*, RTD Cib. 2005, p. 33). O processo, - a

Assim, no que toca ao âmbito de atuação da Convenção, nota-se dois movimentos. Primeiro, o texto optou por positivar os conceitos, a fim de garantir segurança jurídica às partes e delimitar, por critérios objetivos, em quais situações incidirão as normas previstas na CQNUMC.

De outro modo, as diversas definições dadas acabam por restringir sobremaneira a aplicabilidade prática do comando expresso no texto, em razão das dificuldades de haver hipóteses concretas de enquadramento concomitante em todos os elementos contidos na norma.

Estas dificuldades serão postas ao operador do direito ao manejar o texto da Convenção, seja no campo internacional seja dentro do seio do direito interno, quando aquela foi recepcionada por este. Certamente o jurista encontrará nos princípios dispostos ao longo da norma as respostas necessárias para garantir sua aplicabilidade prática.

Com referência a estes, é o artigo 3º da CQNUMC que traça a larga maioria dos princípios que devem guiar as partes em seus esforços para atingir o objetivo do artigo 2º. Consoante salientam Birnie, Boyle e Redgewell, eles remontam aos princípios insertos na Declaração do Rio, de 1992²⁹¹.

ideia não é nova, - pode ser visto como um modelo para o debate científico. A história das ciências nos ensina que as academias já ofereciam um enquadramento processual aos trabalhos dos cientistas. Não se pode imaginar que os méritos do enquadramento processual possam ser exportados para o mundo das ciências? Respeito dos direitos da defesa, publicação das opiniões dissidentes, questão prejudicial, duplo grau de jurisdição, nosso sistema jurídico regurgita de garantias processuais a respeito das quais nos perguntamos se elas não poderia inspirar a organização do debate científico. Sem necessariamente serem todas exploráveis, essas pistas certamente merecem ser decifradas. Elas confirmam que remédios jurídicos podem ser ministrados à crise de confiança que atravessa atualmente a perícia científica.”

²⁹¹ “Article 3 sets out the principles the parties shall be ‘guided by’ in their efforts to achieve the objective of Article 2. The principles listed in article 3 reflect the contours of global environmental responsibility elaborated In the Rio Declaration and Agenda 21. Thus they include reference to inter-generational equity, common but differentiated responsibilities, the precautionary principle or approach, and the right of all parties to sustainable development as well as the need to promote ‘a supportive and open international economic system’” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 358). Colaciona-se o texto da Convenção, a fim de facilitar a visualização dos argumentos despendidos na sequência. Artigo 3. Princípios. Em suas ações para alcançar o objetivo desta Convenção e implementar suas disposições, as Partes devem orientar-se inter alia , pelo seguinte: 1. As Partes devem proteger o sistema climático em

Com efeito, do texto do dispositivo, emergem diversos princípios explícitos, como o das responsabilidades comuns, mas diferenciadas; da equidade intergeracional; da precaução e, também, de forma explícita, há a consagração do direito das partes de se desenvolver de forma sustentável.

Há, na doutrina, certa unanimidade acerca do fato de tais princípios fazerem parte da espinha dorsal do arcabouço normativo que deve guiar o operador do direito e os próprios Estados na adoção de

benefício das gerações presentes e futuras da humanidade com base na equidade e em conformidade com suas responsabilidades comuns mas diferenciadas e respectivas capacidades. Em decorrência, as Partes países desenvolvidos devem tomar a iniciativa no combate à mudança do clima e a seus efeitos negativos. 2. Devem ser levadas em plena consideração as necessidades específicas e circunstâncias especiais das Partes países em desenvolvimento, em especial aqueles particularmente mais vulneráveis aos efeitos negativos da mudança do clima, e das Partes, em especial Partes países em desenvolvimento, que tenham que assumir encargos desproporcionais e anormais sob esta Convenção. 3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima. 4. As Partes têm o direito ao desenvolvimento sustentável e devem promovê-lo. As políticas e medidas para proteger o sistema climático contra mudanças induzidas pelo homem devem ser adequadas às condições específicas de cada Parte e devem ser integradas aos programas nacionais de desenvolvimento, levando em conta que o desenvolvimento econômico é essencial à adoção de medidas para enfrentar a mudança do clima. 5. As Partes devem cooperar para promover um sistema econômico internacional favorável e aberto conducente ao crescimento e ao desenvolvimento econômico sustentáveis de todas as Partes, em especial das Partes países em desenvolvimento, possibilitando-lhes, assim, melhor enfrentar os problemas da mudança do clima. As medidas adotadas para combater a mudança do clima, inclusive as unilaterais, não devem constituir meio de discriminação arbitrária ou injustificável ou restrição velada ao comércio internacional.

medidas destinadas à consecução do objetivo disposto no artigo 2º ²⁹². Faz-se necessário, assim, tratar de cada um deles, investigando seu conteúdo.

O primeiro princípio, como exposto ao tratar do regramento jurídico da Organização Mundial do Comércio, revela a intenção dos signatários de positivar o fato de que toda a comunidade internacional tem responsabilidades para atingir a redução e estabilização das emissões de gases do efeito estufa.

Todavia, essa responsabilidade não tem a mesma medida, a mesma proporção. Seja por fatores históricos, que remontam ao início da utilização dos recursos naturais pelos países desenvolvidos, seja pela própria situação econômica e de desenvolvimento científico e tecnológico dispare que se observa no cenário internacional, as nações devem contribuir de maneiras diversas para a consecução do objetivo da Convenção.

Nico Schrijver (2008a, p. 179) explica a razão de haver essa forma de atuação do princípio no âmbito da CQNUMC:

A Convenção sobre Mudanças Climáticas e o Protocolo de Quioto obrigam os países industrializados a tomar medidas para atingir uma redução das emissões de perigosos gases do efeito estufa, durante o período de 2008 a 2012, que remonte àquelas emissões havidas em 1990. Essa obrigação quantitativa não se aplica aos países em desenvolvimento porque eles (a) produziram muito menos emissões ao longo do tempo; (b) ainda não são considerados capazes, do ponto de vista econômico e tecnológico, a tomar as mesmas medidas dos países industrializados²⁹³.

²⁹² Christina Voigt (2009, p. 58); Duncan French (2005, p. 74); Birnie, Boyle and Redgewell (2009, p. 358); Marie-Claire Cordonnier Segger e Markus Gehring (2010, p. 57) são exemplos.

²⁹³ “The Climate Change Convention and the Kyoto Protocol oblige industrialized States to take measures whereby their emissions of greenhouse gases in the period 2008-2012 must be brought back to the level of 1990. This quantitative obligation does not apply to developing countries because they have (a) produced much less emission thus far and (b) are regarded not yet financially and technologically capable of taking the same measures of industrialized countries”. (SCHRIJVER, 2008a, p. 179).

Christina Voigt (2009, p. 62) comunga do mesmo entendimento, mas enfatiza, ainda, dois pontos. Primeiro, relembra que a Convenção impõe aos países industrializados o dever de “tomar a dianteira no combate à mudança climática e aos efeitos dela decorrentes”.

Em segundo lugar, destaca que o princípio emana efeitos ao longo de toda a Convenção, eis que esta acaba por estabelecer diversas obrigações distintas nos artigos seguintes, tanto materiais (como a quantidade das metas de redução), como procedimentais (modos de compensação de créditos de carbono, por exemplo)²⁹⁴.

Portanto, o entendimento de que os países apresentam situações distintas – ligadas, sobretudo, ao aspecto socioeconômico e cultural-tecnológico – mas possuem uma responsabilidade em comum acaba por nortear toda a leitura das normas da Convenção, ainda quando dela não emerge de forma explícita, como ocorre no Protocolo de Quioto, por exemplo.

O princípio da equidade, intra e intergeracional, que também emerge da leitura do artigo 3º, está presente, inclusive, na fórmula Brundtland, ao consagrar ser imprescindível atender às necessidades das presentes gerações sem comprometer a capacidade de as futuras fazê-lo. Este é um dos princípios mais relevantes de todo o arcabouço jurídico das mudanças climáticas.

Para Marie-Claire Cordonnier Segger e Ashfaq Khalfan, o princípio revela que as presentes gerações tem o direito de utilizar e gozar dos recursos naturais da Terra, mas também a obrigação de levar em consideração os impactos a longo prazo de suas atividades de modo a prevenir a ocorrência de lesão às bases naturais sobre as quais se sustenta a vida e o meio ambiente²⁹⁵.

²⁹⁴ “The Convention sets out a variety of obligations in articles 4, 5, 6 e 12, both substantive and procedural, that differentiate between these various categories, creating an asymmetry of obligations. [...] The principle of common but differentiated responsibilities is a reflection of the notion of equity and justice in international law.” (Ibid.).

²⁹⁵ “The present generation has a right to use and enjoy the resources of the Earth but is under an obligation to take into account the long-term impact of its activities and to sustain the resource base and the global environment for the benefit of future generations of humankind. “Benefit” in this context is to be understood in its broadest meaning as including, inter alia, economic, environmental, social and intrinsic benefit”. (SEGGER; KHALFAN, 2004. p. 99). Interessante notar a observação de Philippe Sands, no particular: “[t]he idea that as ‘members of the present generation, we hold the earth in trust for future generations’¹²² is well known to international law, having been relied upon as

O princípio representa, assim, uma limitação à atuação de todas as partes da Convenção, ainda que dentro dos moldes e das metas estabelecidas pela norma. Caso haja um risco de lesão irreparável ou mesmo uma certeza desta, será antijurídico que se continue a tomar medidas que impliquem no incremento da emissão de gases do efeito estufa em decorrência dos efeitos do aludido princípio.

E, ao tratar de risco, emerge a necessidade de tratar de outro princípio que integra e norteia a aplicação e funcionalidade do regime jurídico das mudanças climáticas. Trata-se do princípio da precaução, por meio do qual, diante da incerteza científica de que alguma ação pode causar danos fora dos estabelecidos e/ou irreparáveis ao sistema climático, esta ação deve ser obstada²⁹⁶.

Philippe Sands observa que não há uma unanimidade entre os Estados acerca do que se possa entender como princípio da precaução. Todavia, salienta, com propriedade, que a definição mais aceita é aquela inserida na Declaração de Bergen (1990), na qual “a falta de total certeza científica não deve ser usada como uma razão para postergar medidas destinadas à prevenção da degradação ambiental” assim como

early as 1893 by the United States in the Pacific Fur Seals Arbitration.” (SANDS, 2003. p. 256).

²⁹⁶ Aqui trata-se do princípio como parte integrante da CQNUMC, e não do princípio da precaução enquanto norma de direito internacional geral. A discussão acerca desse status é frutífera, todavia transborda os limites do presente estudo, sendo suficiente fazer menção à bibliografia abalizada sobre a temática, notadamente os trabalhos de Gundling (1990); Freestone e Hey (1995); Fabra (1999); Freestone (1999). Para Sands “The legal status of the precautionary principle is evolving. There is certainly sufficient evidence of state practice to support the conclusion that the principle, as elaborated in Principle 15 of the Rio Declaration and various international conventions, has now received sufficiently broad support to allow a strong argument to be made that it reflects a principle of customary law, and that within the context of the European Union it has now achieved customary status, without prejudice to the precise consequences of its application in any given case. Nevertheless, it must be recognized that international courts and tribunals have been reluctant to accept explicitly that the principle has a customary international law status, notwithstanding the preponderance of support in favor of that view, and diminishing opposition to it. The reluctance may be understandable, in view of its inherently commonsensical approach, even if the practical consequences of its application fall to be determined on a case-by-case basis”. (Ibid., p.279).

aquela da Declaração do Rio, de 1992, que desta difere pela abordagem mandatória, trocando a palavra “deve” por “pode”²⁹⁷.

O fato é que, independentemente de haver discussão no seio do direito internacional público acerca de o princípio da precaução ser, ou não, obrigatório, no âmbito do regramento jurídico das mudanças

²⁹⁷ The precautionary principle or approach has now received widespread support by the international community in relation to a broad range of subject areas. What does the principle mean, and what status does it have in international law? There is no clear and uniform understanding of the meaning of the precautionary principle among states and other members of the international community. At the most general level, it means that states agree to act carefully and with foresight when taking decisions which concern activities that may have an adverse impact on the environment. A more focused interpretation provides that the principle requires activities and substances which may be harmful to the environment to be regulated, and possibly prohibited, even if no conclusive or overwhelming evidence is available as to the harm or likely harm they may cause to the environment. As the Bergen Ministerial Declaration put it, ‘lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation’. At Rio the requirement is stated to be mandatory: lack of full scientific certainty ‘shall not be used’ to prevent action. What remains open is the level at which scientific evidence is sufficient to override arguments for postponing measures, or at which measures might even be required as a matter of international law. A more fundamental change would be adopted by an interpretation of the precautionary principle, one increasingly widely held, which would shift the burden of proof. According to traditional approaches, the burden of proof currently lies with the person opposing an activity to prove that it does or is likely to cause environmental damage. A new approach, supported by the precautionary principle, would tend to shift the burden of proof and require the person who wishes to carry out an activity to prove that it will not cause harm to the environment. This interpretation would require polluters, and polluting states, to establish that their activities and the discharge of certain substances would not adversely or significantly affect the environment before they were granted the right to release the potentially polluting substances or carry out the proposed activity. This interpretation may also require national or international regulatory action where the scientific evidence suggests that lack of action may result in serious or irreversible harm to the environment, or where there are divergent views on the risks of action. There is growing evidence to suggest that this interpretation is beginning to be supported by state practice, even if it still falls short of having sufficient support to allow it to be considered a rule of general application.”.

climáticas o princípio da precaução possui caráter mandatório²⁹⁸ e norteador de todo o sistema.

Por essa razão, a inexistência de certeza científica (baseada sempre em uma prova técnica) acerca de uma medida governamental causar algum dano efetivo a determinado ecossistema ambiental ou socioeconômico pode ser utilizada como subterfúgio à não adoção desta, com azo no princípio da precaução.

Dente os demais princípios explícitos, destaca-se o desenvolvimento sustentável que, por sua importância central para o presente estudo será tratado no tópico subsequente.

3.2.2 O princípio do desenvolvimento sustentável no regime jurídico das mudanças climáticas

Especificamente na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, há referência específica ao princípio do desenvolvimento sustentável, notadamente em seu artigo 3.4, cujo teor é o seguinte:

Artigo 3. Princípios.

Em suas ações para alcançar o objetivo desta Convenção e implementar suas disposições, as Partes devem orientar-se *inter alia*, pelo seguinte: [...]

4. As Partes têm o direito ao desenvolvimento sustentável e devem promovê-lo. As políticas e medidas para proteger o sistema climático contra mudanças induzidas pelo homem devem ser adequadas às condições específicas de cada Parte e devem ser integradas aos programas nacionais

²⁹⁸ 3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.

de desenvolvimento, levando em conta que o desenvolvimento econômico é essencial à adoção de medidas para enfrentar a mudança do clima.

Note-se que a norma se encontra inserta no capítulo dos princípios e, por conseguinte – abstraindo-se aqui o fato de ser aplicável ao ordenamento em razão de ser um princípio de direito internacional – norteia a interpretação de todo o ordenamento climático.

Por sua vez, o conteúdo da norma, praticamente autoexplicativo, coaduna-se com a definição de desenvolvimento sustentável que constitui a pedra angular do presente estudo: um princípio de integração entre o regime ambiental (climático, no caso), o econômico e o social.

É importante destacar que o dispositivo vai além e também trata especificamente de uma integração política ao fazer menção à necessidade de integração dos programas de desenvolvimento de cada nação signatária da Convenção.

Para Christina Voigt (2009), a referência ao desenvolvimento sustentável do artigo 3.4 pode ser vista como um padrão legal a ser utilizado tanto para o controle de danos quanto para medidas preventivas relacionadas ao sistema climático²⁹⁹. Ou seja, na visão da autora, quaisquer medidas relacionadas ao sistema climático devem usar o padrão legal do desenvolvimento sustentável, já delineado no capítulo primeiro da presente obra.

A constatação, a nosso sentir, é mais que óbvia. Ora, se o desenvolvimento sustentável é um princípio do sistema, por força do próprio artigo 3.4 da Convenção, desnecessário concluir que ele é aplicável a todas as normas que estão insertas dentro do mesmo arcabouço jurídico – o que é coisa diversa de se afirmar o proposto pelo capítulo primeiro, de que a aplicabilidade do desenvolvimento sustentável se estende a todos os ramos do direito internacional público.

Há que se olhar a questão por um prisma mais amplo. Nesse exato sentido é o pensamento de Massimiliano Montini (2008), para quem a interação entre o desenvolvimento sustentável e o regime das

²⁹⁹ “The convention sets out that the Parties have a right to , and should, promote sustainable development, which is less than the ‘duty to sustainable development’ sought by developed countries, but qualitatively different from the ‘right’ to development demanded by developing countries. The reference to sustainable development in Article 3.4 can thus be seen as standard-setting for both mitigation of and adaptation to climate change in a way that it determines the legal standards and decisions regarding damage control or remedy for climate change damage”. (VOIGT, 2009, p. 65).

mudanças climáticas não pode ser vista simplesmente do ponto de vista endógeno, mas exógeno:

A interação entre o [a norma] desenvolvimento sustentável e o regime das mudanças climáticas pode também ser analisada pela perspectiva do [princípio] desenvolvimento sustentável. Em verdade, quando da implementação da pauta das mudanças climáticas, as Partes se esforçaram para dar um significado efetivo e concreto à referência ao desenvolvimento sustentável a partir das definições contidas no Protocolo de Quioto sobre mudanças climáticas; de um ponto de vista completamente diferente, a comunidade internacional começou a falar sobre estabelecer objetivos para garantir um regramento sobre alterações climáticas como um viés da progressiva implementação do desenvolvimento sustentável no direito internacional³⁰⁰.

Ou seja, uma vez que a norma posta no tratado foi cunhada a partir (ou como um elemento) do, então, conceito de desenvolvimento sustentável trabalhado no campo do direito internacional, esta não pode ser vista dentro dos estritos limites legais da CQNUMC.

O aplicador deve ir mais longe, deve “abrir” o aludido dispositivo como uma janela normativa, de modo que busque elementos no campo do direito internacional público para dar vazão à norma a cada caso concreto, não se restringindo, assim, aos aspectos objetivos do dispositivo contido no texto, permitindo que à convenção se aplique o conteúdo normativo do desenvolvimento sustentável no campo do direito internacional³⁰¹.

³⁰⁰ “The interplay between sustainable development and climate change may be also analysed from the sustainable development perspective. In fact, while in the framework of the implementation of the climate change regime, the Parties strived to give an effective and concrete meaning to the reference to the concept of sustainable development contained in the Kyoto Protocol on Climate Change, from a completely different point of view, the international community started to talk about setting climate change objectives in the framework of the progressive implementation of the concept of sustainable development in international law.” (MONTINI, 2008, p.531).

³⁰¹ Voigt chega à mesma conclusão, por caminho diverso, ao constatar que “it can be said that principles contained in article 3 UNFCCC represent binding

E, partindo-se da teoria de base adotada no capítulo 1, pode-se dizer que, a inserção da norma do artigo 3.4 no texto da CQNUMC atrai a aplicação, para a análise de cada medida nacional tomada em seu seio, tanto o ordenamento jurídico internacional da economia, social (direitos humanos) e, sobretudo, do meio ambiente.

O regime climático é importante para todo o ecossistema terrestre, como cediço pela ciência. O que se fez no campo do direito internacional público e pela CQNUMC foi pontuar essa constatação do ponto de vista normativo, de modo que as mudanças climáticas e o desenvolvimento sustentável estão umbilicalmente ligados, de forma que um não pode sobreviver sem que o outro se realize.

Requer-se, todavia, realizações práticas dessa interação, para que o direito as possa regular. E, em termos práticos, o princípio (e também a regra) atua, ao momento em que este texto é escrito, por meio dos mecanismos práticos instituídos pelo Protocolo de Quioto, aqueles que venham a aderir o aludido pacto, ou mesmo façam parte de outros, albergados sob a mesma Convenção-Quadro.

Dessa forma, o tópico subsequente tratará de tais mecanismos de atuação, identificando, ainda, as obrigações assumidas pelas Partes da CQNUMC para a redução das mudanças climáticas.

3.2.3 A obrigação geral de redução e os institutos práticos do Protocolo de Quioto que dão vazão à regra e ao princípio do desenvolvimento sustentável

Consoante já exposto, o objetivo da CQNUMC, bem como de qualquer instrumento a ela relacionado, é o de estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera a níveis equivalentes aos existentes nos anos 1990 – artigo 2, já citado.

Dessa forma, há uma obrigação geral aos Estados contraentes de reduzir as emissões de tais gases, ou, ao menos, equilibrá-las de alguma

principles of international law to be applied in *specific* context of climate change. All principles inform and complement the duty contained in Article 2 UNFCCC to prevent dangerous interference with the climate system. These principles can be used to guide decision-making processes, whether they concern future regulation of climate change mitigation strategies, the implementation of the Convention and the Kyoto Protocol into national legal systems, or the relationship and linkages with other international legal regimes. The principles thereby set the parameters for interpretation and implementation and for the direction in which the future climate regime has to develop.” (VOIGT, 2009, p. 66).

forma. Para tanto, há diversos princípios vinculantes norteadores das ações governamentais nesse sentido, tratados nos subtópicos anteriores.

A partir desse objetivo e dessas convicções, os Estados Partes decidiram, na primeira sessão da Conferência das Partes da Convenção, por meio da decisão 1/CP.1, havida em Berlim em 1995, instituir aquele que ficou conhecido como o Mandato de Berlim³⁰².

Este, dentre outras tarefas, concedeu um prazo de dois anos para que se elaborassem propostas relativas à edição de um protocolo, visando colocar em prática os objetivos da Convenção, notadamente estabelecendo metas específicas de redução de emissões e um prazo determinado para atingi-las³⁰³.

É a partir desses auspícios que nasce o Protocolo de Quioto³⁰⁴, cujo maior mérito foi o estabelecimento de restrições quantitativas às emissões para os países industrializados, visando à redução destas para patamar inferior a, no mínimo, 5% daqueles existentes em 1990, no período compreendido entre 2008 e 2012, recentemente postergado para 2013 a 2020 – conforme disposto no artigo 3.1 do Protocolo,

³⁰² Texto original disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/cop1/07a/01.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

³⁰³ Segundo Birnie, Boyle e Redgewell (2009, p. 360), “Following an IPCC report that, even with stabilization of greenhouse gas emissions at current levels, atmospheric concentrations would continue to rise for the next two centuries, The first Conference of the Parties, held at Berlin in 1995, did accept that these commitments were inadequate, and it provided a strong mandate (commonly known as ‘Berlin Mandate’) for negotiating new, more rigorous obligations under what eventually became the 1997 Kyoto Protocol. The Berlin Mandate specified that the new Protocol would cover commitments beyond 2000, would elaborate stronger policies and measures for developed parties, and would set quantified objectives for emissions limitation and removal by sinks within a specific timescale. It was agreed, however, that no new commitments would be applied to developing states. The Kyoto Protocol adopted in 1997 meets most of these objectives”.

³⁰⁴ Embora seja datado de 1997, foi ratificado pelo Brasil apenas em 2002 e entrou em vigor internacional em 16 de fevereiro de 2005, por meio da adesão da Rússia. A grande polêmica acerca do protocolo é a recusa manifesta e reiterada de os Estados Unidos da América ratificarem o texto e, assim, submeterem-se às metas temporais de redução de emissão de gases do efeito estufa. Foi promulgado no Brasil por meio do Decreto 5.445, de 12 de maio de 2005.

devidamente emendado por decisão FCCC/KP/CMP/2012/L.9 da Conferência das Partes do Protocolo de Quioto³⁰⁵.

As restrições, todavia, não são para todos os países signatários do Protocolo³⁰⁶, mas somente para aqueles constantes do chamado Anexo B³⁰⁷, basicamente composto por economias industrializadas e outros que, à época, ainda se encontravam em transição para uma economia de mercado.

Em síntese, o ponto central para o presente estudo é que, por meio de Quioto, estabeleceu-se: (i) uma meta quantitativa específica de redução de emissões de gases do efeito estufa (ii) a ser atingida em um determinado período de tempo (iii) apenas a países industrializados³⁰⁸. É isso que dispõe o artigo 3.1³⁰⁹.

Muito embora os países em desenvolvimento não possuam metas específicas para a redução das emissões de gases, estes têm a obrigação legal, por serem signatários da CQNUMC e do Protocolo, de contribuir ativamente para que haja uma efetiva redução destas – por força do artigo 4.1 da Convenção³¹⁰.

³⁰⁵ Na conferência de Doha (COP 18), havida em novembro/dezembro de 2012, mais de 200 países assinaram uma emenda ao Protocolo de Quioto, que estabeleceu um novo compromisso para a redução da emissão de gases até 2020. Todavia, tendo em vista que relevantes países não ratificaram a emenda (especialmente Canadá, Japão, Nova Zelândia e Rússia), o compromisso abrange apenas 15% das emissões mundiais. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2012/cmp8/eng/109.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

³⁰⁶ Para conferir os países signatários, acessar: <<http://treaties.un.org/>>.

³⁰⁷ Conferir no apêndice a lista completa.

³⁰⁸ “The key feature of the Kyoto Protocol is its establishment, for the first time, of quantitative restrictions on emissions from industrialized economies. These States – listed in Annex B of the Protocol – are limited in their emissions of the six greenhouse gases listed in Annex A.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 360-361).

³⁰⁹ ARTIGO 3. 1. As Partes incluídas no Anexo I [da CNMC] devem, individual ou conjuntamente, assegurar que suas emissões antrópicas agregadas, expressas em dióxido de carbono equivalente, dos gases de efeito estufa listados no Anexo A não excedam suas quantidades atribuídas, calculadas em conformidade com seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões descritos no Anexo B e de acordo com as disposições deste Artigo, com vistas a reduzir suas emissões totais desses gases em pelo menos 5 por cento abaixo dos níveis de 1990 no período de compromisso de 2008 a 2012.

³¹⁰ O Brasil é um exemplo de país que não consta do Anexo B do Protocolo e, voluntariamente, editou legislação interna (Lei 12.187/2009, que institui a

Para que os Estados atinjam estas metas, o artigo 2 do Protocolo impôs diversas obrigações, que variam desde o aumento da eficiência energética em setores relevantes da economia nacional (a.i); à redução gradual ou eliminação de imperfeições de mercado, de incentivos fiscais, de isenções tributárias e tarifárias e de subsídios para todos os setores emissores de gases de efeito estufa que sejam contrários ao objetivo da Convenção e aplicação de instrumentos de mercado (a.v).

Mais que obrigações e metas, o Protocolo de Quioto introduziu instrumentos efetivos que podem ser usados pelos Estados para o atingimento daquelas, os chamados “mecanismos de flexibilidade”³¹¹.

São eles a implementação conjunta (artigo 6), o mecanismo de desenvolvimento limpo (artigo 12) e o comércio de emissões, popularmente conhecido no Brasil como mercado de carbono (artigo 17)³¹².

O primeiro deles consiste na implementação, por parte de um Estado constante no Anexo B (chame-se “x”), de um projeto de redução de emissões – reflorestamento, energia renovável, etc. – no território de outro país constante no Anexo B (“y”).

política nacional de mudança no clima, e Decreto específico, de nº 7.390/2010, para regulamentá-la) com compromisso voluntário de redução de emissões. Veja-se o teor “Art. 12. Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso nacional voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020.”

³¹¹ “The most striking aspect of the Kyoto Protocol is its so-called flexibility mechanisms. Not only were these viewed by the United States and other developed state parties as an essential means of meeting their commitments in a cost effective manner, but some of them also provide a means by which developing states may restrain growth in their own emissions. The possibility that some developed states might find it economically advantageous to meet their commitments jointly, and that developing states might also benefit from such assistance, was envisaged in Articles 4(2) and 4(5) of the Convention and in a decision of the 1st COP, although the commitments of each party would not thereby be modified. Such ideas were more fully articulated in the Kyoto Protocol and in particular, in its three flexibility mechanisms – Clean Development Mechanism under article 12, Joint Implementation under article 6, and International Emissions Trading, under article 17.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 363).

³¹² Por tangenciarem o objeto do presente estudo, apenas se dará breve explanação acerca do que consiste o instituto, fazendo-se referência às leituras mais aprofundadas sobre a temática.

As reduções oriundas dessa iniciativa geram as chamadas reduções certificadas de emissão (RCEs)³¹³. Estas quantificam o montante de emissões que deixou de ser gerado com a iniciativa e servirá para abater da meta de redução do Estado “x”. O “y”, hospedeiro, também se beneficiará em razão de auferir investimento e ganhar com transferência de tecnologia.

É possível, ainda, que os Estados façam um acordo entre si e repartam da maneira que lhe convier as RCEs oriundas da iniciativa.

O mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL)³¹⁴, mais conhecido, autoriza que um Estado constante do Anexo B implemente um projeto de redução de emissões em um outro país, que não faça parte do Anexo B, vale dizer, que não possua metas específicas de redução – via de regra países em desenvolvimento ou mesmo subdesenvolvidos.

O funcionamento é idêntico ao acima citado, à exceção que o país receptor do projeto dele apenas se beneficia financeiramente e com o ganho de tecnologia, e também passa a hospedar a poluição daí gerada. As reduções certificadas de emissão (RCEs) também passam a pertencer àquele Estado constante no Anexo B, que investiu capital e tecnologia.

Finalmente, o chamado mercado de carbono funciona por meio da comercialização, em bolsa de valores³¹⁵ ou voluntariamente³¹⁶, das

³¹³ A Redução Certificada de Emissão (RCE) equivale a uma tonelada métrica de dióxido de carbono equivalente, calculada com base no potencial de aquecimento global dos gases do efeito estufa definido pela decisão 2/COP3 ou pela revisão apresentada no Artigo 5 do Protocolo de Quioto. Conhecidas como créditos de carbono, são resultantes dos projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), de acordo com as definições do Artigo 12 do Protocolo de Quioto. Disponível em: http://www.institutocarbonobrasil.org.br/mecanismo_de_desenvolvimento_limpo_mdل/rces>. Acesso em: 16 fev. 2013.

³¹⁴ Sobre os projetos de MDL no Brasil, vale conferir interessantíssimo estudo elaborado pela Pricewaterhousecoopers para o Ministério do Desenvolvimento da Indústria e Comércio Exterior (MDIC). Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnل_1204751476.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2013. Ainda, alguns exemplos de projetos bem-sucedidos podem ser visualizados no site do Instituto Carbono Brasil: <http://www.institutocarbonobrasil.org.br/mecanismo_de_desenvolvimento_limpo_mdل/p=2>. Acesso em: 16 fev. 2013.

³¹⁵ A criação de um mercado de carbono internacional, conectando as iniciativas de todos os países voltadas ao corte das emissões de gases do efeito estufa, sempre foi almejada pela União Europeia. Porém, com a falta de entendimento dos países nas negociações internacionais do clima, este objetivo parece cada vez mais longínquo. Assim, começaram a surgir iniciativas domésticas similares, mas não idênticas à da UE. A Nova Zelândia foi o primeiro país fora

reduções certificadas de emissão. Torna-se particularmente interessante, eis que o próprio regramento jurídico do Protocolo de Quioto autoriza que entidades da sociedade civil (iniciativa privada) também aprovelem e realizem projetos dessa natureza, gerando as chamadas reduções certificadas de emissão.

Assim, poderão negociar entre particulares ou mesmo com os próprios Estados que estejam necessitando atingir suas metas – o que, evidentemente, influenciará no preço do título³¹⁷.

A fim de que não haja distorções, todas as iniciativas de projetos de redução de emissões devem ser devidamente aprovadas pelos países investidores, pelos receptores e pelo Comitê Executivo da Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima³¹⁸.

da UE a aprovar e implantar o seu próprio esquema de comércio de emissões (Emissions Trading Scheme – ETS, em inglês), ativo desde 2010. Califórnia e Austrália estão avançando no mesmo caminho e outros países, como China, Coreia do Sul, México e Brasil têm iniciativas menos desenvolvidas, mas também neste sentido. Disponível em: <http://www.institutocarbonobrasil.org.br/#mercado_de_carbono>. Acesso em: 16 fev. 2013.

³¹⁶ O mercado de carbono também existe fora do contexto ‘regulado’ ou ‘compulsório’, com vários programas voluntários de redução das emissões sendo implementados ao redor do globo nos mais diversos níveis, desde individual, corporativo e até regional, seguindo o mesmo raciocínio de compensação das emissões que o MDL. O mercado voluntário abre as portas para a inovação, já que não tem muitas regras pré-estabelecidas como no Protocolo de Quioto, e para projetos de menor escala que seriam inviáveis sob Quioto. As negociações no ambiente voluntário são guiadas pelas regras comuns de mercado, podendo ser efetuadas em bolsas, através de intermediários ou diretamente entre as partes interessadas. A convenção para a transação dos créditos é o CO₂ equivalente.

³¹⁷ Sobre o estado e as tendências do mercado de carbono no ano de 2012 (oficial e voluntário), são bastante ilustrativos os relatórios produzidos pelo Banco Mundial e Bloomberg/Ecosystem Marketplace, os quais se encontram disponíveis, respectivamente, nos seguintes endereços: <http://siteresources.worldbank.org/INTCARBONFINANCE/Resources/State_and_Trends_2012_Web_Optimized_19035_Cvr&Txt_LR.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2013; e <http://www.forest-trends.org/documents/files/doc_3164.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2013.

³¹⁸ “The supervisory role of the parties under the Convention and Protocol is among the most elaborate in any environmental treaty and includes a number of significant innovations. The Conference of the Parties serves as the principal supervisory institution for both the Convention and the Protocol; it is required to meet regularly and to keep the adequacy, implementation and effectiveness of

Em síntese, é este o funcionamento do Protocolo de Quioto, no que toca às obrigações e aos mecanismos criados para viabilizar o atingimento dos objetivos da CQNUMC – estabilização das concentrações de gases do efeito estufa na atmosfera.

3.3 SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE MEDIDAS UNILATERAIS VOLTADAS À PROTEÇÃO DO SISTEMA CLIMÁTICO E O ORDENAMENTO JURÍDICO DA OMC

Conforme se verifica, os instrumentos³¹⁹ do sistema voltado à conservação do clima encontram sua ferramenta de aplicação prática no mercado, na economia, de modo que não se pode negar a intrínseca

both instruments under review. For this purpose it receives advice from supplementary bodies for science and technology (SBSTA), and implementation (SBI). The former assesses the state of scientific knowledge relating to climate change and the effects of implementation measures. The latter assists the COP in the ‘assessment and review of the effective implementation of the Convention and Protocol and considers reports from parties under Article 12 of the Convention and Article 7 of Protocol concerning implementation and projected emissions. It is in this body which has also been responsible for developing detailed guidelines on issues such as transfer of technology, the financial mechanism, and consultation with NGOs and business. Both supplementary bodies are composed of experts acting as governmental representatives. Together, the COP and its supplementary bodies provide the essential political oversight and management of the whole climate change regime.’ (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 368).

³¹⁹ Há se salientar duas iniciativas da ONU, ainda incipientes, que fogem um pouco desse aspecto: os programas REDD e REDD+. Embora não esteja sujeito diretamente ao regramento jurídico das mudanças climáticas, eis que está conectado à Organização das Nações Unidas para a Comida Agricultura ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, estes significativamente contribuem para o equilíbrio do sistema climático por evitar a proliferação de desmatamentos e incentivar a manutenção de propriedades rurais intactas (REDD), além de incluir instrução acerca do papel da conservação e manejo sustentável das florestas (REDD+). Consoante se extrai de sua definição, trata-se de “transformar o carvão estocado na floresta em pé em um ativo econômico”. Inverte-se a ótica de “pagar para poluir” para “pagar para preservar”. Mais informações sobre esses interessantíssimos programas podem ser obtidas no site oficial da ONU. Disponível em: <<http://www.un-redd.org>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

ligação fática entre ambos os aspectos³²⁰ – que, no campo internacional, pela via do princípio do desenvolvimento sustentável, torna-se, também, jurídica.

Não se quer, com isso, afirmar que todas as iniciativas práticas para a estabilização climática se resumem àquelas previstas pelo Protocolo de Quioto, pelo contrário. Não há qualquer menção expressa no texto no sentido de que o percentual a ser atingido pelos Estados do Anexo B (Anexo I da Convenção) deva ser feito especificamente por determinado meio ou um dos mecanismos ali instituídos, como tampouco há uma limitação de meios a se adotar.

Desse modo, pode-se dizer que a obrigação de redução, seja geral, sem metas, ou específica, por meio de metas e prazos, constitui uma obrigação de resultado, que não obriga os Estados a adotarem determinada medida para tanto, podendo se valer daquela(s) que julgar(em) mais adequada(s) – como, por exemplo, incentivos fiscais e restrições às importações e exportações de produtos³²¹.

Estas medidas tocam a economia, o comércio especialmente – o qual possui um regime jurídico próprio de regulação. Por outro lado, estas também possuem uma natureza ambiental (climática, no caso), de sorte que o princípio do desenvolvimento sustentável, por sua essência, necessariamente requer a aplicação, ao caso concreto, de ambos os regimes jurídicos.

Por essa razão – e por que o direito internacional público é um sistema jurídico, portanto, coeso – faz-se perscrutar meios de

³²⁰ Nesse sentido, somos amparados pela posição de Cristiane Derani (2008, p. 48), para quem “[s]ão indissociáveis os fundamentos econômicos de uma política ambiental consequente e exequível. E uma política econômica consequente não ignora a necessidade de uma política de proteção dos recursos naturais”. No mesmo sentido, mas especificamente acerca dos mecanismos do Protocolo de Kyoto, “[e]ach of the three Kyoto ‘Flexibility Mechanisms’ seeks to draw on the logic of the Coasian privatization of the commons and trading the resultant property rights with a view to achieving emission reductions in the most cost-effective manner, in the optimal global location”. (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 364).

³²¹ Exemplo claro é o do Brasil que, por meio da já citada Lei 12.187/2009 e Decreto 7.390/2010, definiram diversas medidas que podem ser adotadas internamente para o atingimento do objetivo geral da CQNUMC. Algumas estão dispostas no artigo 6º do Decreto, e vão desde a redução de índices de desmatamento, expansão da oferta de energias renováveis, utilização de carvão oriundo de reflorestamento na siderurgia, etc. A lei, inclusive, prevê a concessão de incentivos fiscais para atingir tais finalidades.

compatibilizar situações como as que se acabou de sugerir, qual sejam, a adoção, pelos Estados, de medidas unilaterais para atender compromissos assumidos no âmbito de um tratado internacional ambiental e o regramento jurídico internacional do comércio, mais especificamente da OMC.

Essa compatibilização passa pela noção da existência dos chamados conflitos verticais de normas, e do modo pelo qual se deve lidar com estes, a fim de atingir uma aplicação ótima de ambos os ordenamentos.

Erich Vranes (2009) define a situação, especificamente para o sistema climático:

O Protocolo de Quioto não dá azo a “conflitos horizontais”, que seriam conflitos entre o Protocolo e os acordos da OMC, no que toca à adoção de medidas domésticas. [...] assim, a análise do sistema climático que se seguirá irá focar nos “conflitos verticais” entre as medidas domésticas e o regramento jurídico da OMC, o que corresponde a responder quando uma medida nacional implementada a partir do Protocolo de Quioto estará de acordo com os requerimentos dos acordos da OMC³²².

Portanto, há se identificar quando uma medida ambiental pode ser considerada unilateral frente ao direito internacional, quais suas implicações para o campo do direito internacional do comércio e, finalmente, de que maneira e por meio de quais critérios o Órgão de

³²² “Importantly, the Protocol does not prescribe given domestic measures that its parties are to employ in their efforts to reduce emissions, nor does it explicitly ‘permit’ such measures. Therefore, unlike the Montreal Protocol, the Kyoto Protocol does not give rise to ‘horizontal conflicts’, that is conflicts between the Protocol and the WTO agreements, as regards domestic measures. This has to further consequences. First, in contrast to the preceding discussion of the Montreal Protocol, the following examination of the climate change regime will therefore focus on ‘vertical conflicts’ between domestic measures and WTO law, that is the question of whether national implementing measures comply with the requirements of the WTO agreements. Second, in view of the fact that an infinite number of domestic climate protection measures is conceivable, the following discussion will have to select particular measures. It does so by using measures that have been adopted in EC law as example”. (VRANES, 2009, p. 374).

Solução de Controvérsias analisa a compatibilidade de tais medidas, resolvendo, assim, os chamados “conflitos verticais”³²³.

3.3.1 Medidas unilaterais no contexto do comércio e meio ambiente

Consoante salientado, o Protocolo de Quioto não prevê uma medida específica para que cada Estado constante no Anexo B atinja suas metas de redução de gases – eles podem se valer tanto dos “mecanismos de flexibilidade propostos”, como de medidas domésticas que julguem adequadas para tanto.

As medidas domésticas tomadas unilateralmente são, para o direito internacional público, sempre potencial fonte de conflito³²⁴, haja

³²³ Frise-se, contudo, que a análise a que esse estudo se propõe se restringe às restrições unilaterais dos Estados que não estejam abarcadas pelos “mecanismos de flexibilidade” propostos pelo Protocolo de Quioto, voltando-se, então, notadamente as restrições às importações e ao tratamento tributário diferenciado a produtos que atendem a critérios climáticos-ambientais. Não se olvida, aqui, da existência de potenciais conflitos entre o mecanismo de desenvolvimento limpo, as implementações conjuntas ou mesmo o mercado de carbono com os Tratados GATT/OMC. Pelo contrário, o terreno de estudo para potenciais conflitos é bastante fértil e perpassa questões complexas como se todas as emissões que geram as reduções certificadas de emissão (RCEs) podem ser consideradas produtos, se seu método de produção pode ser considerado para fins de caracterização destas enquanto “like products”, para o fim de justificar, ou não, um tratamento diferenciado por parte dos países que se utilizam dos institutos. Ainda, se o mercado de carbono afeta, ou não os mercados existentes e qual a viabilidade da instituição bilateral de um mercado desta natureza entre dois signatários da OMC frente às disposições do Tratado de Marrakesh. Não há estudos e tampouco bibliografia suficiente (ao menos dentro das limitações de conhecimento deste pesquisador), para discorrer sobre a temática que, ademais, tangencia o objeto do presente estudo. Para uma reflexão sobre o tema, que não se pode deixar de dizer ser um estudo bastante aprofundado, convém estudar os capítulos 8 a 11 da magistral obra de Voigt (2008, p. 203-263). O escopo, todavia, é voltar-se para a realidade nacional, em que já há previsão legal para a adoção de normas dessa natureza, notadamente o artigo 74 da Lei 12.651/2012, combinado com os dispositivos da Lei 12.187/2009, que institui a política nacional de mudanças climáticas.

³²⁴ “Among international lawyers, unilateralism often seems tantamount to a dirty word. To characterize an action as ‘unilateral’ is to condemn it.” (BODANSKY, 2000, p. 339).

vista que, dado o fenômeno da globalização, podem ter impactos extraterritoriais³²⁵ que infrinjam normas internacionais.

Em síntese, uma norma doméstica tem duas dimensões que poderiam ser traduzidas como a obrigatória e a reflexa, consoante acepção adotada por Erich Vranes. Dentro do território do Estado legislador, esta é obrigatória; ao passo que no campo internacional, esta gera efeitos reflexos (mais ou menos intensos), eis que pode atingir a órbita de direito dos demais membros da comunidade internacional.

O ponto crucial a se definir, portanto, é qual o limite de atuação de uma norma nacional para que esta não interfira nos interesses legítimos de outros Estados³²⁶.

³²⁵ O problema da extraterritorialidade é central no direito internacional público, notadamente para o fim de definir a licitude de um ato praticado unilateralmente, em razão dos efeitos que este gera na comunidade internacional, vale dizer, se o Estado em questão tinha, ou não, jurisdição (legislativa, no caso), para praticar tal ato. A análise é sempre complexa, e passará por princípios basilares do direito internacional public. Como aponta Erich Vranes (2009, p. 96), “a primary obstacle in this regard is arguably rooted in the relative lack of clarity of cardinal conceptions of international law that are generally seen as underlying this issue, in particular sovereignty, non-intervention, proportionality, and balancing interests”. Para uma análise histórica e bastante aprofundada sobre o tema da extraterritorialidade e jurisdição no direito internacional, veja-se Mann (1964, p. 1-162). O mesmo autor revisitou o tema vinte anos depois, em outro artigo de profundidade ímpar. (MANN, 1984, p. 9-116).

³²⁶ Interessantíssima, pragmática e didática é a explicação de Erich Vranes sobre o fenômeno: “While there is no uniform notion of extraterritorial jurisdiction, there is a common understanding of the term ‘jurisdiction’, which is defined as the competence to exercise state power through the adoption and enforcement of legislative, executive, and judicial acts. On this basis, it is possible and mandatory to distinguish between jurisdiction to enforce and jurisdiction to prescribe: while a state’s jurisdiction to enforce is, in principle, strictly limited to its territory, it is recognized in international law that a state may enact rules that influence conduct beyond its frontiers. This reveals that a norm of national law has two spatial dimensions, that is to say the area where it can be enforced autonomously (Geltungsbereich), which is restricted, under international law, to the regulating state’s territory; and the area where the norm is meant to influence human conduct: this latter area, also referred to as a norm’s area of application (Anwendungsbereich), may be restricted to parts of a state’s territory or reach beyond state frontiers. [...] A crucial point is that such regulations may be capable of substantially interfering with another state’s legitimate interests.” (VRANES, 2009, p. 97-98).

Voltando-se a teoria geral para os fins do presente estudo, resta saber em que medida uma ação estatal unilateral voltada para o atendimento de uma obrigação internacional para a estabilização da emissão de gases (CQNUMC) pode ser praticada sem que haja uma violação ao regramento do comércio internacional, instituído pelo Tratado GATT/OMC.

Para tanto, faz-se necessário: (i) definir as noções de unilateralismo e, a partir destas, o que pode ser considerada uma ação unilateral legal; (ii) distingui-las do conceito de exercício de jurisdição extraterritorial; (iii) examinar quais os mecanismos de controle da compatibilidade existentes no âmbito da OMC aptos a definir quando uma ação unilateral voltada para fins climáticos poderá ser considerada permitida no âmbito do contexto do comércio internacional.

3.3.1.1 Unilateralismo e medida unilateral legal no âmbito do conflito meio ambiente e comércio

Não há, no âmbito internacional, uma definição aceita de forma geral sobre o conceito legal de unilateralismo. Para alguns autores, ele sequer existe ou pode ser delimitado³²⁷.

Para Daniel Bodansky (2000), o unilateralismo é uma manifestação da soberania e, por essa razão, não é um conceito legal, mas estará sujeito ao controle de legalidade pelo direito internacional³²⁸.

De fato, este estudo comunga do entendimento de que o conceito, de uma maneira geral, não pertence ao ramo do direito, mas sim ao campo de estudo das relações internacionais, eis que observa o modo de atuação dos Estados frente à comunidade internacional. Por esse prisma, poder-se-ia afirmar que uma medida unilateral pode ser tanto a edição

³²⁷ Para Laurence Boisson de Chazournes (2000, p. 338), “[u]nilateralism is a notion does not have a legal meaning per se. It is nonetheless widely used to describe various types of acts and measures, demonstrating by the same token that such conduct is part of daily international life”. Por sua vez, Christine Chinkin (2000, p. 31), a partir do uso de três exemplos, busca fazer crer que “there is no dichotomy between unilateral and multilateral action. Rather the two merge into each other”.

³²⁸ “In most instances, states are entitled to act unilaterally. That is the essence of sovereignty. In demarcating the problem of ‘unilateralism’, the issue is to define when a state’s right to act as a sovereign – that is, to act unilaterally – is appropriate, and when it should yield to an international decision-making process. One approach to this definitional question is to equate unilateralism with illegality.” (BODANSKY, 2000, p. 341).

de uma lei interna quanto o posicionamento de uma determinada nação frente a uma situação política ocorrente no cenário internacional.

Todavia, voltando-se a análise para algumas searas, especialmente no âmbito do relacionamento entre direito ambiental e direito do comércio internacional, tais atos Estatais, quando impliquem na edição de alguma norma, adentram ao mundo do direito. Por isso, faz-se necessário identificar quais são essas normas, para que se possa estudar sua conformidade ou desconformidade com os supracitados sistemas jurídicos.

Assim, para o campo do direito do comércio internacional e o direito ambiental internacional, frise-se, é possível (e também necessário) elaborar um conceito do que se pode entender por uma medida unilateral, do ponto de vista jurídico.

A construção desse conceito, de fato, foi realizada pela jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, a partir da análise e aplicação ao caso concreto (*US-Tuna* e *US-Shrimp*) do Princípio 12 da Declaração do Rio, de 1992³²⁹. Essa observação é feita com muita propriedade por Erich Vranes:

Um refinamento sistemático adequado [para o conceito de unilateralismo] é possível no contexto do comércio e meio ambiente, o qual pode ser encontrado notadamente do Princípio 12 da Declaração do Rio, uma disposição que foi adotada quando da disputa *US-Tuna*. Segue-se dessa disposição e sua gênese que o unilateralismo, nesse contexto, se refere às edições unilaterais de normas legais, uma leitura que foi confirmada também pela OMC, no caso *US-Shrimp*.[...] Tais medidas podem ser definidas, neste tópico, como atos normativos que, tomados por um ou mais Estados sem o consentimento dos

³²⁹ Princípio 12. Os Estados devem cooperar na promoção de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de forma a possibilitar o tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental. As medidas de política comercial para fins ambientais não devem constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Devem ser evitadas ações unilaterais para o tratamento dos desafios internacionais fora da jurisdição do país importador. As medidas internacionais relativas a problemas ambientais transfronteiriços ou globais deve, na medida do possível, basear-se no consenso internacional.

demais, visam à proteção do meio ambiente, mas acarretam impactos ao comércio internacional³³⁰.

Assim, para que um ato estatal se enquadre no conceito de medida unilateral ao comércio internacional, é necessário que preencha alguns requisitos, quais sejam:

- a) deve ser um ato normativo, não político;
- b) deve visar à proteção de um bem ambiental;
- c) deve acarretar em impactos negativos a algum dos Estados integrantes do sistema multilateral do comércio, conflitando com alguma regra do ordenamento;
- d) deve ser tomada de maneira unilateral, sem o consentimento dos demais Estados;

Embora pareça simples, o enquadramento e análise da medida é algo mais complexo do que aparenta. Percebe-se que há, no mínimo, dois outros critérios a serem considerados: a localização do bem ambiental e a extensão do impacto que a medida acarreta, bem como a existência ou não de consentimento dos demais Estados envolvidos com a adoção da medida – itens objeto do tópico subsequente.

3.3.1.2 Unilateralismo x exercício de jurisdição extraterritorial

Além de se enquadrar nos critérios expostos, para taxar uma medida como unilateral do ponto de vista jurídico, há se fazer a diferenciação entre o exercício do unilateralismo para a proteção ambiental e o da jurisdição extraterritorial.

Assim como o unilateralismo, não há uma noção uniforme do que se possa entender por jurisdição extraterritorial. Para se desvendar o significado da locução, começando pelo primeiro termo, poder-se-ia afirmar que este pode ser definido como “a competência para exercer o

³³⁰ “A further systematically adequate refinement is possible in trade and environment context, which has been addressed most notably in Principle 12 of the Rio Declaration, a provision that had been adopted under the impression of the US-Tuna dispute. It follows from this provision and its genesis that unilateralism in this context refers to the unilateral enactment of legal norms, a reading which is confirmed also by the WTO US-Shrimp rulings. [...] Unilateral trade measures that promote environmental protection can therefore be defined for the present topic as regulations that serve to protect environment, but incur trade impacts and are adopted by one or more states without the consent of the affected state”. (VRANES, 2009, p. 173-174).

poder do Estado por meio da adoção e aplicação de atos legislativos, executivos e judiciais”³³¹.

A jurisdição³³², como adverte Vranes, pode se manifestar de duas formas, uma para obrigar alguém a algo e outra para legislar sobre algo³³³. Via de regra, esta primeira modalidade de jurisdição, quando exercida por um Estado, é restrita ao território deste próprio Estado, de modo que não se discute, até por se estar diante de uma norma de direito internacional costumeiro, sua legitimidade para tanto³³⁴.

Todavia, quando à chamada jurisdição legislativa, como adverte Frederick Mann “pareceria ser um problema fundamentalmente distinto da extensão física dos limites territoriais ou o alcance dos direitos dos Estados sobre as pessoas”³³⁵.

E, de fato, o é. Muito embora também seja indiscutível o direito de o Estado legislar dentro de seu próprio território, os efeitos que essa medida acarreta transcendem os limites de suas fronteiras e, assim, atingem outros membros da comunidade internacional.

O ponto nodal da questão posta em exame reside, assim, em descobrir quando a atitude de um Estado destinada a regular algo (jurisdição legislativa) que gere efeitos para fora de suas fronteiras é tida como lícita. Em outras palavras, quando um ato unilateral pode

³³¹ A definição nos é trazida por Erich Vranes (2009, p. 97), para quem “there is a common understanding of the term jurisdiction, which is defined as the competence to exercise state power through the adoption and enforcement of legislative, executive, and judicial acts”.

³³² “The doctrine of jurisdiction, as appears from the preceding discussion, is one of those subjects which touch upon both public international law and the conflict of laws. It stands somewhere on the borderline between international and municipal law and cannot be treated in isolation from either”. (MANN, 1964, p. 22).

³³³ “On this basis, it is possible and mandatory to distinguish between jurisdiction to enforce and jurisdiction to prescribe: while a state’s jurisdiction to enforce is, in principle, limited to its territory, it is recognized in international law that a state may enact rules that influence conduct beyond its frontiers”. (VRANES, 2009, p. 97). Segundo Mann (1964, p. 16), “[t]he doctrine of legislative jurisdiction answers the question whether and in what circumstances a State has the right of regulation”.

³³⁴ Nesse sentido, ver a obra de Bronlie (2003).

³³⁵ “But the intrinsic or substantive right of regulation would seem to be a problem which is fundamentally different from the physical extent of territorial rights or the range or a State’s rights over persons and which requires separate treatment” (MANN, 1964, p. 16-17).

corresponder ao exercício de jurisdição extraterritorial de maneira conforme ao direito.

Percebe-se, aqui, a necessidade de diferenciar as condutas unilaterais destinadas à proteção do meio ambiente daquelas que impliquem no exercício de jurisdição extraterritorial por parte do Estado que as impõe. Esta diferenciação reside, segundo Frederick Mann, no fato de o Estado ter, ou não, direito a praticar determinado ato, a regular determinada matéria³³⁶.

E, para o mesmo autor, somente o direito internacional pode conferir a um Estado tal direito, o de exercer jurisdição legislativa (de maneira unilateral, portanto) cujos efeitos transbordem suas fronteiras³³⁷.

Partindo dessa premissa, o leitor poderia ser levado a crer que, quando uma norma internacional permite a um Estado agir de determinada forma, esta automaticamente está lhe conferindo direitos a exercer a jurisdição legislativa sobre a temática e, portanto, autorizando que edite normas cujos efeitos ultrapassem suas fronteiras. Mais uma vez, a questão é mais complexa do que parece.

A uma, pois o direito internacional é um sistema, de sorte que uma medida tomada no âmbito de um tratado ambiental deve conviver em harmonia com o regramento jurídico da economia e dos direitos humanos, por força do princípio do desenvolvimento sustentável.

A duas, e, de forma mais clássica, pois há se perscrutar para quem e até onde a norma permanece lícita, o que tem a ver com a amplitude de seu alcance o consentimento daqueles que por ela serão afetados.

Quanto ao primeiro aspecto, note-se que o Estado, ao legislar (*latu sensu*), pode editar normas que visem à (i) proteção de um bem

³³⁶ Nesse sentido, pontualíssima a lição ainda atual de Frederick Mann (1964, p. 9), para quem “[j]urisdiction involves a State’s right to exercise certain of its powers. [...] But like all other attributes of sovereignty this liberty is subject to the overriding question of entitlement. The existence in fact or in municipal law of the State’s power to do a particular act does not by any means imply its international right to do so”.

³³⁷ “The existence of the State’s right to exercise jurisdiction is exclusively determined by public international law. Moreover, it will be necessary to turn to public international law to ascertain the consequences of the wrongful exercise of jurisdiction. Joseph Beale made this very clear, when he stated that ‘the sovereign cannot confer jurisdiction on his courts or his legislature when he has no such jurisdiction according to the principles of international law’”. (MANN, 1964, p. 12).

ambiental localizado no interior de seu território e cuja regulamentação possua apenas impactos locais³³⁸; (ii) proteção de um bem ambiental localizado em seu interior e cuja regulamentação acarrete impactos tanto locais quanto extraterritoriais³³⁹; (iii) proteção de um bem ambiental local mas que possua impactos exclusivamente extraterritoriais³⁴⁰; (iv) proteção de um bem ambiental que se localiza fora do território e que gere impactos também extraterritoriais.³⁴¹

À toda evidência, todas são medidas unilaterais que implicam no exercício de jurisdição extraterritorial. Também desnecessário dizer, nesse ponto, que uma norma pode perfeitamente se enquadrar em mais de uma das categorizações acima expostas.

No que tange ao segundo, a existência do consentimento para a aplicação da norma, deve-se avaliar se o Estado consentiu, de forma tácita ou expressa, para que aquela norma editada por outro ente da comunidade internacional afetasse sua esfera jurídica.

Percebe-se, pois, que há a necessidade da avaliação de uma série de critérios para que se possa averiguar a licitude de uma medida unilateral visando à proteção ambiental gerar efeitos extraterritoriais.

No caso específico do presente estudo, quer-se averiguar os critérios necessários para que uma medida unilateral que vise à proteção do sistema climático, portanto, uma medida climática unilateral, gere efeitos extraterritoriais.

E, tal análise – eis que demanda aferir, sobretudo, a existência, ou não, de licitude de jurisdição legislativa sobre a temática –, deverá, como se verá no item subsequente, ser feita pelos tribunais internacionais, do qual se destaca, para o escopo do presente estudo, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

³³⁸ Como exemplo, a Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

³³⁹ Como exemplo, a Lei nº 12.187/2009, que institui a Política Nacional de Mudança no Clima.

³⁴⁰ Como exemplo, a edição, pelo Brasil, da Portaria DECEX 08, de 14 de maio de 1991, que proibiu a importação de pneus usados para todos os países, exceto os do Mercosul.

³⁴¹ Como exemplo, o US Endangered Species Act of 1973, o qual proibiu a compra de cinco espécies de tartarugas marinhas localizadas em alto mar caso estas fossem pescadas por um determinado método.

3.3.1.3 Mecanismos de controle da compatibilidade de ações ambientais unilaterais de jurisdição extraterritorial no âmbito do GATT/OMC

Conforme já salientado em diversas oportunidades, a Organização Mundial do Comércio não é um órgão ambiental, nem tampouco seu Órgão de Solução de Controvérsias uma Corte que possui vocação ou mesmo interesse para se debruçar sobre a temática³⁴².

Todavia, com a constante proliferação de tratados sobre a matéria e a interferência que as obrigações contraídas pelas partes no seio destes têm (ou podem ter) sobre o comércio internacional, as disputas entre os Estados envolvendo o conflito meio ambiente x comércio internacional acabaram, inexoravelmente, por desaguar no Órgão de Solução de Controvérsias do sistema GATT/OMC³⁴³.

Isso porque se tratam de medidas unilaterais dos Estados que, por instituírem regimes distintos dos gerais previstos nos artigos I e III do GATT 1947, por exemplo, acabam colocando em risco o equilíbrio do sistema multilateral do comércio. Desse modo, o OSC é chamado a atuar, a fim de exercer o controle de legalidade da medida tida como atentatória aos princípios e regras que governam o sistema multilateral do comércio.

A fim de exercer tais controles, vale-se o Órgão das chamadas exceções ao regime do comércio internacional. Estas podem ser gerais (para todo o sistema GATT/OMC) ou específicas, destinadas apenas a determinados tratados, como o acordo de barreiras técnicas ao comércio

³⁴² “There is no provision in the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) for panels adjudicating environmental cases to have specific environmental expertise, in contrast with, for example, the requirement that panels adjudicating ‘prudential issues and other financial matters’ under GATS have the necessary financial expertise”. (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009. p. 358.)

³⁴³ Muito embora não considere o desenvolvimento sustentável um princípio de direito internacional, Vaughan Lowe comunga da constatação, ao afirmar que “[t]he WTO Dispute Settlement Procedure has a particular importance for the development of sustainable development. It is the most likely place in which to find evidence of States actively pursuing the goal of sustainable development by the imposition of trade restrictions, and also the most likely location of careful and authoritative analysis of the compatibility of such restrictions (which might have been adopted in pursuance of a State’s obligation under international environmental or human rights law) with a State’s international trading obligations”. (LOWE, 2005, p. 189).

(TBT), acordo sobre a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias (SPS) e o acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS).

As medidas gerais, que são os mecanismos de controle que interessam particularmente ao presente estudo, localizam-se no artigo XX do acordo GATT 1947³⁴⁴. Mais especificamente, são relevantes as

³⁴⁴ ARTIGO XX. *EXCEÇÕES GERAIS*. Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas: (a) necessárias à proteção da moralidade pública; (b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais; (c) que se relacionem à exportação e a importação do ouro e da prata; (d) necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo, tais como, por exemplo, as leis e regulamentos que dizem respeito à aplicação de medidas alfandegárias, à manutenção em vigor dos monopólios administrados na conformidade do § 4º do art. II e do art. XVII à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e de reprodução, e a medidas próprias a impedir as práticas de natureza a induzir em erro; (e) relativas aos artigos fabricados nas prisões; (f) impostas para a proteção de tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico; (g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais; (h) tomadas em execução de compromisso contraídos em virtude de um Acordo intergovernamental sobre um produto de base, em conformidade com os critérios submetidos às Partes Contratantes e não desaprovados por elas e que é ele próprio submetido às Partes Contratantes e não é desaprovado por elas. (i) que impliquem em restrições à exportação de matérias primas produzidas no interior do país e necessárias para assegurar a uma indústria nacional de transformação as quantidades essenciais das referidas matérias-primas durante os períodos nos quais o preço nacional seja mantido abaixo do preço mundial, em execução de um plano governamental de estabilização; sob reserva de que essas restrições não tenham por efeito reforçar a exportação ou a proteção concedida à referida indústria nacional e não sejam contrárias às disposições do presente Acordo relativas à não discriminação. (j) essenciais à aquisição ou a distribuição de produtos dos quais se faz sentir uma penúria geral ou local; todavia, as referidas medidas deverão ser compatíveis com o princípio segundo o qual todas as Partes Contratantes têm direito a uma parte equitativa do abastecimento internacional desses produtos e as medidas que são incompatíveis com as outras disposições do presente Acordo serão suprimidas desde que as circunstâncias que as motivaram tenham deixado de existir. As

alíneas (b) e (g) do mencionado dispositivo, as quais se debruçam sobre a temática ambiental, particularmente sensível ao objeto do presente.

O Órgão de Solução de Controvérsias teve ocasião de se debruçar em diversas oportunidades – já expostas, inclusive – sobre o modo de operação e interpretação dos mencionados dispositivos de controle de compatibilidade entre ações ambientais unilaterais de jurisdição extraterritorial e o os princípios e regras que regem o sistema multilateral do comércio internacional.

Todavia, como salientam Wold, Gaines e Block, o texto da norma que institui as exceções contidas nos tratados não foi suficiente, *per se*, para dar respostas satisfatórias às demandas que surgiam, de sorte que:

[os] painéis de solução de controvérsias do GATT e da OMC foram, assim, chamados a dar significado detalhado ao artigo XX. Por exemplo, enquanto Artigos I e III proibiam toda discriminação, em quais casos essa discriminação seria considerada “arbitrária e injustificada” sob a ótica do artigo XX? Podem os países impor restrições às importações para proteger plantas e animais fora de suas próprias fronteiras ou as exceções deveriam ser limitadas a proteger o meio ambiente de seu próprio território? Podem os países impor restrições ao comércio baseadas nos processos e métodos de produção? ³⁴⁵

Desse modo, não obstante os tratados do sistema GATT/OMC possuam previsões normativas que autorizem uma interpretação conforme entre os princípios que regem o sistema e suas exceções, aquelas nasceram desprovidas de critérios de aplicação.

Assim, ao longo de sua atuação casuística, o OSC da OMC passou a desenvolver critérios de interpretação para dar aplicabilidade

Partes Contratantes examinarão, em 30 de junho de 1960, no máximo, se é necessário manter a disposição da presente alínea.

³⁴⁵ “GATT and WTO dispute settlement panels have thus been tasked with giving detailed meaning to Article XX. For example, although Articles I and III prohibit all discrimination, when is discrimination ‘arbitrary or unjustifiable’ under Article XX? Can countries impose import restrictions to protect plants and animals outside their own borders or are exceptions limited to protecting their domestic environment? Can countries impose trade restrictions based on processes and production methods (PPMs)?” (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 277).

prática aos referidos mecanismos de controle, às exceções gerais ao comércio internacional de bens, notadamente àquelas que contém previsões ambientais, alíneas (b) e (g).

A investigação de tal *modus operandi*, bem como da forma que o princípio do desenvolvimento sustentável age no âmbito do regime das exceções gerais ao comércio internacional de bens para dar compatibilidade sistemática entre este e as medidas climáticas unilaterais será o objeto de estudo no capítulo subsequente.

4 CAPÍTULO 3 - O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA IMPOSIÇÃO DE BARREIRAS CLIMÁTICAS UNILATERAIS AO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE BENS

O regime geral das exceções ao comércio internacional de bens foi instituído no âmbito do sistema jurídico do comércio internacional pelas previsões do artigo XX do tratado GATT, de 1947.

É por meio destas exceções que, via de regra, são enquadradas – ou pretendem sê-lo – as medidas unilaterais adotadas pelos Estados com objetivo de dar vazão às obrigações internacionais assumidas em tratados ambientais multilaterais, como, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima, objeto do presente estudo.

Interessante salientar que, não obstante o mencionado dispositivo seja o ponto nevrálgico do embate entre proteção do meio ambiente e livre acesso a mercados, este não foi criado com tal objetivo. Como menciona Steve Charnovitz (1991), “a proteção ambiental simplesmente não era uma questão pública em 1947”, quando o artigo XX foi elaborado, “e nem sua inserção no tratado tinha esse propósito”³⁴⁶.

Com efeito, a utilização de restrições unilaterais ao comércio internacional para finalidades ambientais é uma prática bastante antiga e recorrente, que remonta ao século XIX. Sua consistência quantitativa, enquanto política pública e preocupação de Estado, por assim dizer, pode ser observada já em 1927 a partir da ampla gama de instrumentos legislativos de países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América, por exemplo, que possuía mais de uma dúzia de restrições comerciais embasadas em razões de natureza ambiental e sanitária³⁴⁷.

³⁴⁶ “What does this Article have to do with environmental protection, it could be asked. The word ‘environment’ is not even mentioned. According to one treatise on the ‘trade and environment’ linkage, ‘Environmental protection was simply not a public issue in 1947’ when Article XX was drafted ‘nor was this provision intended for that purpose.’” (CHARNOVITZ, 1991).

³⁴⁷ “By 1927, there were about a dozen federal laws that used trade instruments for environmental purposes. The Lacey Act of 1900 proscribed the importation of wild animals or birds except under permit. A law passed in 1905 prohibited the importation of insect pests injurious to crops, forests, or “shade trees.” The Underwood Tariff of 1913 forbade the importation of plumes, aigrettes, and feathers coming from specified wild birds.(Great Britain passed similar legislation in 1921 to prevent the loss of birds to millinery.) The Alaska Fisheries Act of 1926 authorized federal regulation of the nets, boats, traps and other gear used in fishing, and made it unlawful to import salmon from waters

Tendo em vista que a amplitude das atuações estatais no campo das restrições comerciais com fundamentos ambientais e sanitários começaram a se tornar cada vez mais significativas, iniciou-se um período de incertezas no comércio global³⁴⁸. Isto fez com que a temática fosse levada à pauta das negociações de acordos comerciais bilaterais, com o objetivo de conferir segurança jurídica às partes e uma maior previsibilidade às trocas mercantis no plano internacional – ainda que sem sucesso.

Cite-se como exemplo das dificuldades de tais negociações a Convenção para a Regulação das Relações Comerciais e Marítimas firmada já em 1882 entre França e Grã-Bretanha³⁴⁹, a qual continha uma disposição que resguardava às partes “o direito de decidir unilateralmente” quais restrições unilaterais se faziam necessárias por

outside American jurisdiction in violation of such regulations. Although most of these laws were aimed at imports, a few focused on exports. For example in 1891, the Secretary of Agriculture was authorized to establish rules for shipping cattle to foreign countries in order to assure the "humane treatment of such animals." Vessel owners failing to meet the ventilation, space and related requirements could be denied export clearances for up to a year. There were also laws aimed at safeguarding the public. For example in 1902, the Congress required a license to import (or export) any virus, serum, or toxin for the prevention or cure of human disease. The Pure Food Act of 1906 established a new principle by prohibiting the importation of any food or drug forbidden to be sold in the producing or exporting country.” (CHARNOVITZ, 1991).

³⁴⁸ “The vast majority of bilateral trade agreements of the period included an exemption for animal or plant laws. For example, the Sweden-Turkey commercial agreement of 1928 exempted "prophylactic measures against... diseases, deterioration or disappearance of useful plants." The Canada-Mexico trade agreement of 1946 exempted restrictions "imposed for the protection of plants or animals, including measures for protection against disease, degeneration or extinction..." Out of the 28 reciprocal trade agreements negotiated by the United States between 1934 and 1946, two used the "degeneration or extinction" language, fifteen exempted restrictions "designed to protect human, animal or plant life or health," ten did not include the word "health," and one had no exemption. There was also wide variation with respect to disciplining national actions. Although some trade treaties after 1927 applied both the non-discrimination and disguised restriction conditions, most agreements applied only non-discrimination, and a few applied neither condition”. (CHARNOVITZ, 1991).

³⁴⁹ Disponível em <<http://trove.nla.gov.au/work/38903756?versionId=51687888>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

questões sanitárias ou para prevenir doenças do gado e a destruição de culturas³⁵⁰.

À medida do tempo se tornou comum que os tratados comerciais bilaterais passassem a conter previsões desse tipo, todas reservando aos signatários direitos subjetivos e potestativos de opor restrições ao comércio com finalidades relacionadas à salvaguarda de animais, plantas e alimentos.

A proliferação e o uso indiscriminados de tais disposições com fins protecionistas, destinados a subverter os termos dos tratados celebrados, bem como a falta de mecanismos de solução de controvérsias operantes e imparciais, que trouxessem segurança às partes acerca da aplicabilidade de dispositivos desta natureza, levou a Liga das Nações a convocar um encontro multilateral para discutir a temática³⁵¹.

Segundo Charnovitz, o encontro, havido em Genebra em 1927, foi “a primeira rodada de negociações do comércio mundial”. O grande objetivo dos países era o de firmar um acordo que pusesse fim a toda e qualquer forma de restrição às importações e exportações (à exceção das tarifárias) por um período de seis meses. O objetivo foi alcançado, ainda que parcialmente, e firmou-se a Convenção Internacional para a

³⁵⁰ “Since each nation applied different sanitary and conservation standards to its imports, these inconsistencies became an issue in the negotiation of bilateral trade agreements granting most-favored-nation treatment and forswearing import and export restrictions. The initial approach -- devised as early as the 1882 Commercial and Maritime treaty between France and Great Britain -- was a declaration that each party “reserves to itself to decide” what restrictions are necessary for “sanitary reasons” or to prevent cattle disease or the destruction of crops.” (CHARNOVITZ, 1991).

³⁵¹ “Unfortunately, these unconditional exceptions led to abuse. ‘Under the guise of biological protection,’ Percy Bidwell later observed, ‘it is very easy to introduce economic protection.’ By the mid-1920s, many treaties began to impose conditions on their exceptions. For instance, the commercial treaty between Japan and Mexico of 1924 required animal and plant laws to be ‘applicable to all countries or to countries in similar circumstances.’ The treaty between Czechoslovakia and Sweden of 1925 required animal and plant measures to be ‘in conformity with the universally recognized international regulations.’ (this enigmatic standard was not defined). As the need for greater international discipline on “Administrative protection” became more apparent, the League of Nations decided to convene a multilateral conference to examine these and other import restrictions.” (CHARNOVITZ, 1991).

Abolição das Proibições e Restrições às Importações e Exportações, que entrou em vigor em 1928.

Diz-se parcialmente uma vez que, mesmo um tratado com tal nomenclatura e que se propunha a, efetivamente, por fim às mencionadas restrições unilaterais, previu cláusulas de exceção. O tratado, tal qual destacam Wold, Gaines e Block (2011, p. 276):

permitiu exceções às regras que vedavam restrições às importações e às exportações para o caso de proteção da saúde pública ou para a proteção de plantas e animais contra doenças, insetos e parasitas perniciosos. [...] Ainda, o tratado proscreveu que estas e outras exceções fossem utilizadas ‘de tal maneira a constituir mecanismos de discriminação arbitrária entre países estrangeiros onde prevaleçam as mesmas condições, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional’³⁵².

Importante acrescentar à constatação dos mencionados autores, o pertinente e significativo comentário de Charnovitz acerca da razão pela qual se previu, em um acordo internacional cujo objetivo era justamente a eliminação de restrições ao comércio internacional ao extremo, a possibilidade de oferecer restrições com finalidades ambientais.

Na perspectiva deste autor, isso se deu uma vez que tais reservas são originadas em uma prática internacional longamente sedimentada no

³⁵² “In his excellent history of Article XX, Steve Charnovitz traces the particular language of Article XX to one of those pre-GATT trade treaties: the 1927 International Convention for the Abolition of Import and Export Prohibitions and Restrictions. That treaty allowed exceptions to import and export rules ‘for the protection of public health or for the protection of animals or plants against disease, insects and harmful parasites’. An addendum to that convention clarifies that the drafters intended this exception to apply to ‘the protection of animals and plants against disease’ as well as ‘to measures taken to preserve them from degeneration or extinction’. Still, the treaty precluded this and other exceptions from being ‘applied in such a manner as to constitute a means of arbitrary discrimination between foreign countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade’”. (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 276).

tempo, de modo que já se tornaram indispensáveis e compatíveis com os princípios da liberdade do comércio³⁵³.

Por essa razão, em que pese tal iniciativa não ter produzido o efeito esperado, pode-se afirmar que o grande mérito da Convenção foi ter assentado que, mesmo diante de um cenário onde a intenção era atingir o maior grau de liberalização comercial, as nações entraram em comum acordo acerca da necessidade e mais, da legitimidade decorrente de uma norma internacional praticada ao longo do tempo e aceita como jurídica pelos contraentes (*opinio iuris*), destinada a permitir a coexistência de exceções ao regime instituído, voltadas à proteção de determinadas bases para a vida humana, notadamente vida animal e vegetal³⁵⁴.

Esse fato é particularmente relevante, pois permite concluir que há valores reconhecidos pela comunidade internacional que transcendem o firme objetivo de um livre comércio e são mais significativos do que qualquer produto oriundo da liberalização dos mercados, como a preservação da vida humana e a garantia de que esta possa se postergar no tempo.

Essa constatação vem ao encontro do que se está a defender no presente estudo, notadamente acerca da existência de um princípio de direito internacional público, de evolução recente, mas calcado em

353 Charnovitz aponta a existência de oito tipos de restrição que continuaram a ser permitidas mesmo sob a égide do tratado, uma vez que estas, segundo constata o autor, são originadas em uma prática internacional longamente sedimentada no tempo, de modo que já se tornaram indispensáveis e compatíveis com os princípios da liberdade do comércio: “Eight types of restrictions did not have to be abolished under the Convention. According to the League’s Economic committee, these were the ‘exceptions which have been admitted through long-established international practice . . . to be indispensable and compatible with the principle of freedom of trade.’ One of these exceptions covered restrictions ‘for the protection of public health or for the protection of animals or plants against disease, insects and harmful parasites.’ According to a report by the U.S. delegation, this particular exception “aroused almost as much discussion as any topic in the whole treaty.’ While most of this discussion revolved around sanitary matters, the debate did result in an addendum being added to the Treaty’s Protocol which clarified that ‘the protection of animals and plants against disease also refers to measures taken to preserve them from degeneration or extinction.’. (CHARNOVITZ, 1991).

³⁵⁴ “As Charnovitz notes, this convention is noteworthy because even though its goal was ‘achieving the final suppression’ of import prohibitions, there was general agreement that legitimate action to protect public health, animal or plants was entirely proper”. (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 276).

práticas pretéritas (Weeramantry), que atrai a aplicação concomitante dos regimes jurídicos internacionais da economia, meio ambiente e direitos humanos a um mesmo caso concreto, tendo por norte a manutenção das bases naturais sobre as quais se assenta a vida na terra.

Por essa razão, ao travar o debate acerca de uma codificação definitiva para o comércio internacional, os Estados buscaram, ao longo das tratativas, manter essa prática, positivando-a por meio de dispositivos que previam a possibilidade de tornar as restrições destinadas à proteção da saúde humana e animal isentas de respeitar as demais normas destinadas ao sistema jurídico do comércio³⁵⁵.

Todavia, a redação original não sobreviveu³⁵⁶ às pressões e os projetistas originários não puderam inserir no texto quaisquer diretivas de aplicação, deixando para o órgão de solução de controvérsias o importante papel de trabalhar na definição dos conceitos que

³⁵⁵ “The 1947 Draft Charter of the International Trade Organization carried forward the idea that environmental restrictions could be exempt from trade rules. It originally provided that ‘Noting in Chapter IV [on commercial policy] of this Charter shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures: [...] b) necessary to protect human, animal or plant life or health, if corresponding domestic safeguards under similar conditions exist in the importing country’. The drafters added the italicized language due to concerns regarding the abuse of sanitary regulations by importing countries. Later, this language was deemed unnecessary and deleted. Exactly why it was unnecessary, however, is subject to debate. While the history shows that the GATT drafters viewed certain exceptions as proper, it does not give a clear indication of the breadth of permissible exceptions or provide any guideline of applying them. GATT and WTO dispute settlement panels have thus been tasked with giving detailed meaning to Article XX.” (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 276-277).

³⁵⁶ Muito embora já se tenha feito diversas referências, nenhum autor pesquisado possui maior conhecimento do histórico do dispositivo do que Steve Charnovitz, no estudo já citado diversas vezes e que, felizmente, se encontra de livre acesso ao público em <<http://www.charnovitz.org/JWT.htm>>. Segundo o Autor “The U.S.-British proposal included an exception for measures “necessary to protect human, animal or plant life or health.” Based on a suggestion by the delegate from Belgium-Luxemburg, this provision was modified in the New York Draft to require “corresponding safeguards under similar conditions” in the importing country. At Geneva, however, this modification (and a proposed explanatory note) was reconsidered and abandoned on the grounds that the language was confusing and that the preamble accomplished the same purpose. At Havana, no other changes were considered.”.

delimitassem a limitação da instituição de restrições ao comércio fundadas em critérios ambientais.

Tendo em vista o histórico de criação da norma – que, inclusive, foi considerada como costumeira do ponto de vista do direito internacional público – tinha-se por certo que tal dispositivo possuía a capacidade de equalizar os conflitos entre meio ambiente e comércio internacional.

Essa expectativa, lastreada nas raízes da normativa, todavia, encontrou seu termo a partir do momento em que a primeira controvérsia sob o tema foi decidida no âmbito de um painel do GATT, quando a ótica se alterou totalmente, tal qual observa com propriedade Robert Howse (2002):

Antes das decisões tomadas no caso *Tuna/Dolphin*, a visão prevalente era a que o Artigo XX do GATT decidiria qualquer conflito entre normas destinadas à liberalização do comércio e normas ambientais, em benefício destas últimas. Os painéis *Tuna/Dolphin* tentaram alterar a preferência em favor das primeiras. Pior ainda, eles abordaram a questão somente da perspectiva dos efeitos da medida sobre a liberalização do comércio. [...] [D]epois do [caso] *Tuna/Dolphin*, os ambientalistas – e outros preocupados sobre como o sistema do comércio equilibraria valores concorrentes – passaram a ver o GATT como um regime dedicado ao triunfo do livre comércio sobre todas as outras preocupações humanas³⁵⁷.

Percebeu-se, por conseguinte, que o olhar da jurisprudência desconsiderava a existência de uma norma de direito internacional que

³⁵⁷ “Before the Tuna/Dolphin rulings, the prevailing view was that Article XX of the GATT decided any conflicts between free-trade rules and environmental norms in favor of the latter. The Tuna/Dolphin panels tried to switch the preference in favor of the latter. Worse still, they approached the question solely from the perspective of effects on liberalized trade. Traditionally, the GATT demonstrated respect for regulatory diversity and progressive government. But after Tuna/Dolphin, environmentalists - and others with concerns about how the trading system balances competing values - saw the GATT as a regime dedicated to the triumph of free trade over all other human concerns.” (HOWSE, 2002).

justificasse a necessidade de manutenção das bases naturais da vida, ainda que para tanto fosse necessária a redução do espectro de atuação de outra regra destinada à liberalização do comércio.

Todavia, esta interpretação não foi estanque. Percebe-se, ao longo do tempo, que o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC adota uma interpretação evolucionária, em uma tendência a buscar o verdadeiro sentido da norma em apreço no momento de sua aplicação, construindo métodos de interpretação para as regras do artigo XX, especialmente alíneas (b) e (g).

Os próximos tópicos se destinarão, assim, a identificar como se deu a mencionada evolução interpretativa do OSC da OMC para tais normas, em que ponto atualmente se encontra seu entendimento e qual a tendência de sua contínua evolução à luz da crescente mutação do direito internacional público, macrossistema no qual se insere.

4.1 O REGIME JURÍDICO DAS EXCEÇÕES AMBIENTAIS AO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE BENS – ART. XX(B) E (G) DO GATT

4.1.1 O funcionamento do Artigo XX do GATT

Corrobora-se do entendimento de Christina Voigt (2009), para quem, antes de mais nada, as exceções ao comércio internacional de bens previstas no Artigo XX são e devem ser vistas e operadas como “as janelas na estrutura geral do sistema jurídico da OMC que permitem que interesses externos, não ligados ao comércio, sejam avaliados e equilibrados com os imperativos deste sistema jurídico”³⁵⁸.

É o que se está a defender ao longo do presente estudo. As exceções são normas pertencentes a um ramo do direito internacional público, o do comércio internacional, o qual se encontra inserto dentro daquele sistema. Por essa razão, dele fazem parte e, por conseguinte, acabam por se conformar às normas que o norteiam – não só por uma razão sistêmica, mas porque esse se constitui o próprio pressuposto de sua existência no mundo jurídico.

O modo de operação das exceções previstas no artigo XX do GATT e os meios pelos quais esta norma pode ser utilizada como defesa

³⁵⁸ “One needs to remember, however, that exception clauses provide a limited and conditional “windows in the general structure of WTO law that allow outside, non-trade interests to be assessed and balanced against trade imperatives”. (VOIGT, 2009, p. 224).

a uma medida unilateral frente ao sistema GATT/OMC foi sendo desenhado a partir da prática jurisprudencial.

Como primeiro aspecto, deve-se destacar, tal qual salientado por Bernasconi-Osterwalder *et alii*, que o fato de se tratar de uma exceção não significa que haverá uma interpretação restritiva da norma³⁵⁹, eis que esta deverá ser interpretada como direito da parte, sujeito apenas às regras costumeiras de interpretação dos tratados.

A condição de exceção, portanto, muito embora não implique em um maior rigor interpretativo, possui outros efeitos, notadamente processuais. Tal qual salienta a autora, o Estado que alegar, em sua defesa, que uma medida se enquadra em alguma das exceções previstas nas alíneas do artigo XX do GATT atrairá para si o ônus da prova.

Há, assim, uma inversão do ônus processual, de modo que não incumbirá àquele que ataca a medida demonstrar que esta não se enquadra nas exceções, mas sim àquele que a defende evidenciar, nos autos do processo, os elementos de convencimento que autorizam tal conclusão, enquanto fato extintivo do direito do Estado que contesta a medida³⁶⁰.

Esmiuçando ainda mais a profundidade desta divisão do ônus probatório, importantíssimo o alerta de Wold, Gaines e Block, embasado na constatação do painel do caso *Brazil-Retreated Tyres*, de

³⁵⁹ Esta posição não é unânime. Discordam deste entendimento autores de relevância como Winter (2003, p. 115). Nesta obra, o autor afirma haver a necessidade de uma construção doutrinária mais aprofundada no sentido de incluir o direito do comércio dentro de um quadro normativo voltado à proteção do meio ambiente, para que se pudesse aventar a possibilidade de adotar a exceção como direito. No mesmo sentido que Winter é a obra de Perez (2004, p. 88-93). Em que pese a discordância de tão renomada doutrina, acolhe-se a posição de Bernasconi-Osterwalder uma vez que reflete de maneira mais fidedigna o comportamento da jurisprudência do sistema GATT/OMC, órgão responsável por dar vazão prática aos textos dos tratados.

³⁶⁰ “[T]he member invoking an Article XX exception is required to prove the various elements required under paragraphs (b) or (g) of Article XX. This can include, inter alia, the need to show that a measure is necessary, or that it aims at protecting ‘exhaustible natural resources’. Additionally, the right of Members to protect their environment is qualified by Article XX’s chapeau, which generally aims to prevent the abuse of the rights provided in Article XX. However, while the Appellate Body has affirmed that the Member raising Article XX as an affirmative defense bears the burden of proof, it also stressed that Article XX is a right proper, which will be interpreted neither expansively nor narrowly, but according to customary principles of treaty interpretation”. (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p. 78).

que aquele Estado que defende a medida deve construir evidências científicas do preenchimento dos requisitos da alínea utilizada como tese de defesa. Trata-se, assim, da necessidade de construir sólidos indícios probatórios, sem a pretensão de torná-los uma verdade real no campo do processo.

Isso porque ao se desincumbir de tal ônus, cria-se uma presunção de que a barreira é compatível com o sistema GATT/OMC. Esta presunção, por sua vez, reverte novamente o ônus probatório e devolve ao reclamante a necessidade de desconstitui-la³⁶¹.

O que deve ser provado, desse modo, dependerá justamente de qual a tese a ser manejada pela parte, o que guarda direta relação sobre em qual alínea se pretende enquadrar a medida unilateral objeto da defesa.

Dentre aquelas que interessam para o presente estudo e, notadamente, que mais figuram no constante conflito entre medidas destinadas à proteção ambiental e o sistema multilateral do comércio, destacam-se aquelas previstas nas alíneas (b) e (g) do Art. XX³⁶². Os requisitos de prova necessários ao enquadramento de medidas em cada uma dessas alíneas serão objeto de estudo nos tópicos seguintes.

Todavia, não sem uma ressalva, destinada a esclarecer as funções tanto do *caput* quanto das alíneas. Nesse sentido, convém trazer à baila a lição de Bernasconi-Osterwalder (2006, p. 78):

O design arquitetônico do Artigo XX, composto de um *caput* e de discretas exceções, influenciou a maneira com que os tribunais da OMC

³⁶¹ “In *Brazil-Retreated Tyres*, the Panel declared that once the party invoking the exception has produced ‘sufficient evidence to raise a presumption that its defence is justified, then the burden shifts to the [challenging party] to rebut the presumption’ Brazil-Measures Affecting Imports of Retreated Tyres, Panel Report, WT/DS332/R, para. 7.36 (adopted Dec. 17, 2007) [hereinafter *Brazil-Retreated Tyres*].” (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 281).

³⁶² Artigo XX. Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas: [...] (b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais; [...] (g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais.

interpretaram e aplicaram o Artigo XX. Somente aquelas medidas que satisfaçam os termos de uma das alíneas da exceção geral (como por exemplo ‘necessárias para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal’; ou ‘relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis...’) terão sua consistência examinada nos termos do *caput*³⁶³.

Esta orientação foi dada pelo Órgão de Apelação quando da análise do caso *Shrimp/Turtle*. No relatório, a justificativa foi que não há como avaliar, de antemão, se a medida constitui uma discriminação injustificada ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional sem antes verificar a presença dos requisitos necessários à caracterização da medida específica, expostos nas alíneas. Consignou o relatório, na parte que interessa ao presente estudo, o seguinte:

O que é apropriadamente caracterizada como ‘discriminação arbitrária’ ou ‘discriminação injustificada’, ou como uma ‘restrição disfarçada ao comércio internacional’ em relação a uma categoria de medidas, não necessariamente será para outro grupo ou tipo de medidas. O padrão de ‘discriminação arbitrária’, por exemplo, nos termos do *caput* pode ser diferente para uma medida que pretende ser necessária para proteger a moral pública do que quando aplicada a uma medida relacionada a produtos do trabalho prisional³⁶⁴.

Mavroidis (2000, p. 82) discorda dessa perspectiva, afirmando que o primeiro passo para a investigação da adequação de uma medida

³⁶³ “The architectural design of Article XX, that is a chapeau and discrete exceptions, has significantly influenced the manner in which WTO tribunals have interpreted and applied Article XX. Only those measures that satisfy the terms of one of the sub-paragraphs of the general exception (e.g. ‘necessary to protect human, animal or plant life or health’; or ‘relating to the conservation of exhaustible natural resources...’) are scrutinized for their consistency with the chapeau.” (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p. 78).

³⁶⁴ Inteiro teor do Relatório disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distab_e.htm#r58>. Acesso em: 29 set. 2012.

restritiva às exceções permitidas pelo artigo XX é visualizar se esta consta da lista elencada nos itens seguintes ao *caput*. Depois, afirma o autor que há que se perquirir sobre o cumprimento dos requisitos do *caput* para, só então, adentrar à análise do parágrafo específico.³⁶⁵

Seguir-se-á, no presente estudo, a posição acolhida pela jurisprudência da OMC, para fins de facilitar a visualização em casos concretos sob a luz daqueles julgados. Por essa razão, passa-se à análise das regras necessárias ao preenchimento dos requisitos pelas alíneas, para depois se passar àquelas previstas pelo *caput*.

4.1.2 A operacionalidade da regra da exceção prevista no artigo XX(b) do GATT, sua aplicação e interpretação pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC

Da leitura da norma inserta na alínea (b) do artigo XX do GATT, pode-se verificar que esta possui dois núcleos elementares, os quais deverão ser objeto de comprovação pelo Estado que manejar a tese de que uma medida unilateral pode ser justificada no âmbito do aludido dispositivo.

O primeiro deles, e de mais fácil visualização e comprovação, é demonstrar o nexo entre a medida adotada e a proteção à saúde humana, animal ou vegetal. Segundo alerta Christina Voigt, há a necessidade de produzir evidências suficientes a demonstrar a existência de um risco à esses bens jurídicos bem como em que medida a ação Estatal contribui de forma efetiva para a redução ou eliminação deste³⁶⁶.

Não é difícil demonstrar esse *link*, haja vista que as conexões entre a saúde pública e o meio ambiente podem ser vistas facilmente em áreas como a qualidade do ar ou da água, segurança alimentar, doenças epidêmicas ou mesmo saúde no ambiente de trabalho³⁶⁷.

³⁶⁵ Salientam Shaw e Schwartz (2002, p. 147), nesse particular, que o método interpretativo adotado no caso conduziu a perplexidades, haja vista que se considerou a medida dos EUA legítima em face do item “g” do artigo XX, mas ilegal frente aos dispositivos genéricos do *caput*.

³⁶⁶ “According to the Appellate Body, there needs to be a sufficient evidence of risk to human, animal or plant life or health associated with the policy goal of the environmental measure”. (VOIGT, 2009, p. 227).

³⁶⁷ “The exception under Article XX(b) of the GATT allows a WTO Member to safeguard a country’s ability to adopt measures ‘necessary to protect human, plant, or animal life or health’. The linkages between public health and the environment can readily be seen in areas such as air and water quality, food

O segundo requisito, de comprovação mais complexa, guarda relação com a necessidade de se utilizar daquela medida específica para atingir a finalidade pretendida. A dicção do dispositivo, no sentido de que a medida adotada tem que ser “necessária”, foi alvo de diversas interpretações no âmbito dos Órgãos de Solução de Controvérsias do sistema GATT/OMC.

A primeira vez que um painel se ocupou de tal análise foi ainda dentro da estrutura do GATT, no caso *conhecido como Thailand – Cigarettes*, de 1990³⁶⁸. Nesta oportunidade, entendeu o painel que, para adimplir o requisito de necessidade previsto na regra do Art. XX(b), fazia-se necessário restar demonstrado que não havia qualquer outra medida alternativa, ainda que em potencial, capaz de atingir os objetivos esperados sem implicar em uma violação às normas da livre concorrência³⁶⁹.

safety, epidemic diseases, safety in workplace, etc. Several disputes under the GATT have dealt with the exception in Article XX(b), including the pre-WTO Thailand-Cigarettes in 1990 and, more recently, EC-Asbestos.” (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p. 78).

³⁶⁸ “Under the 1966 Tobacco Act, Thailand prohibited the importation of cigarettes and other tobacco preparations, but authorized the sale of domestic cigarettes; moreover, cigarettes were subject to an excise tax, a business tax and a municipal tax. The US complained that the import restrictions were inconsistent with GATT Article XI:1, and considered that they were justified neither by Article XI:2(c), nor by Article XX(b). It also argued that the internal taxes were inconsistent with GATT Article III:2. Thailand argued, *inter alia*, that the import restrictions were justified under Article XX(b) because the government had adopted measures that could only be effective if cigarette imports were prohibited and because chemicals and other additives contained in US cigarettes might make them more harmful than Thai cigarettes. The Panel found that the import restrictions were inconsistent with Article XI:1 and not justified under Article XI:2(c). It further concluded that the import restrictions were not “necessary” within the meaning of Article XX(b). The internal taxes were found to be consistent with Article III:2.” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis03_e.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

³⁶⁹ Esta interpretação consta no parágrafo 75 e seguintes do relatório, cujo teor original é o seguinte: “75. The Panel concluded from the above that the import restrictions imposed by Thailand could be considered to be “necessary” in terms of Article XX(b) only if there were no alternative measure consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could reasonably be expected to employ to achieve its health policy objectives. The Panel noted that contracting parties may, in accordance with Article III:4 of the

Privilegiou-se, assim, o aspecto econômico em detrimento do ambiental, notadamente por se adotar uma abordagem baseada na concepção de que invocar uma das exceções do Art. XX não se constituía em um direito do Estado, com ônus probatórios definidos, mas sim em uma medida que somente poderia ser adotada caso não houvesse qualquer outra possibilidade de atingir a finalidade alcançada por outra via.

É compreensível que tal interpretação fosse adotada no início da década de 1990, quando o desenvolvimento sustentável ainda não se sedimentara enquanto princípio de direito internacional público e sequer era norte interpretativo dos tratados do GATT/OMC.

Com efeito, tanto é factível tal realidade que a abordagem adotada foi repetida pelo painel que examinou o caso conhecido como *Tuna/Dolphin I*. Neste, considerou-se que a medida norte-americana de restringir as importações de atum do México em decorrência do modo pelo qual a pesca era realizada (que, segundo os Estados Unidos da América, atentava contra a saúde dos golfinhos) não se constituía em uma medida necessária a atingir a finalidade de proteção daquela espécie da fauna marinha, no moldes do Art. XX(b) do tratado GATT.

Isso porque, considerou o painel, os EUA não esgotaram todas as alternativas razoáveis disponíveis antes de adotar a restrição, notadamente tendo falhado em tentar exercer a cooperação internacional, com vistas a celebrar um tratado sobre a proteção dos golfinhos com os países vizinhos³⁷⁰.

General Agreement, impose laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of imported products provided they do not there by accord treatment to imported products less favourable than that accorded to "like" products of national origin. The United States argued that Thailand could achieve its public health objectives through internal measures consistent with Article III:4 and that the inconsistency with Article XI:1 could therefore not be considered to be "necessary" within the meaning of Article XX(b). The Panel proceeded to examine this issue in detail." No caso concreto, entendeu-se que as barreiras impostas não eram justificadas uma vez que a Tailândia poderia atingir os mesmos resultados com a adoção de medidas internas que não afetassem suas obrigações no âmbito dos tratados do GATT, razão pela qual concluiu-se que essas não eram necessárias, nos termos do art. XX(b) do GATT.

³⁷⁰ Relevante é o teor do parágrafo 5.28 e seguintes, cujo texto original é o que segue: "5.28 The Panel considered that the United States' measures, even if Article XX(b) were interpreted to permit extrajurisdictional protection of life and health, would not meet the requirement of necessity set out in that

Neste caso, mais uma vez, entendeu-se que a utilização da medida unilateral não se constituía em um direito da parte, mas sim em medida absolutamente excepcional, que deveria ser precedida, inclusive, da tentativa de celebração de um tratado internacional para regular a matéria e por fim à controvérsia.

Em outras palavras, em vez de se entender que a norma inserta no Art. XX(b) conferia um direito, interpretou-se que esta apenas poderia ser utilizada quando todas as outras possibilidades, mesmo em perspectiva, falhassem.

Não à toa, como salienta Robert Howse (2002), esta interpretação passou a gerar uma descrença na capacidade de o sistema GATT comportar a compatibilização entre proteção do meio ambiente e incremento de um sistema multilateral do comércio baseado no livre acesso a mercados. Consigna o autor, com propriedade, que:

Não surpreende, assim, que os ambientalistas começaram a voltar suas atenções ao sistema do comércio depois que um painel do órgão de

provision. The United States had not demonstrated to the Panel - as required of the party invoking an Article XX exception - that it had exhausted all options reasonably available to it to pursue its dolphin protection objectives through measures consistent with the General Agreement, in particular through the negotiation of international cooperative arrangements, which would seem to be desirable in view of the fact that dolphins roam the waters of many states and the high seas. Moreover, even assuming that an import prohibition were the only resort reasonably available to the United States, the particular measure chosen by the United States could in the Panel's view not be considered to be necessary within the meaning of Article XX(b). The United States linked the maximum incidental dolphin taking rate which Mexico had to meet during a particular period in order to be able to export tuna to the United States to the taking rate actually recorded for United States fishermen during the same period. Consequently, the Mexican authorities could not know whether, at a given point of time, their policies conformed to the United States' dolphin protection standards. The Panel considered that a limitation on trade based on such unpredictable conditions could not be regarded as necessary to protect the health or life of dolphins. 5.29 On the basis of the above considerations, the Panel found that the United States' direct import prohibition imposed on certain yellowfin tuna and certain yellowfin tuna products of Mexico and the provisions of the MMPA under which it is imposed could not be justified under the exception in Article XX(b).". Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/tunadolphins.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

solução de controvérsias do GATT decidiu que um embargo dos Estados Unidos sobre medidas agressivas à saúde dos golfinhos era ilegal diante das regras do GATT. [...] Ignorando as regras do tratado, o painel baseou sua decisão em uma intuição de que medidas comerciais destinadas à proteção ambiental de alguma forma abrem as portas para um “protecionismo verde”, e, por consequência, colocam em risco o livre acesso aos mercados, negociado no sistema GATT³⁷¹.

Esse método interpretativo, de que o requisito de “necessidade” previsto na regra do Artigo XX(b) do GATT deve ser avaliado como a inexistência de outra medida, mesmo em perspectiva, capaz de atingir os mesmos resultados, foi adotado, ainda, em outro painel, quando do caso *Tuna/Dolphin II*.

Neste, que buscou atacar as mesmas proibições combatidas em seu antecessor, definiu-se, da mesma forma, que as medidas adotadas não eram necessárias no ponto de vista da respectiva norma, pois não se demonstrou serem elas indispensáveis, de sorte que também foram julgadas incompatíveis com o regime jurídico do comércio internacional.

Diante da insistência do órgão de solução de controvérsias do GATT em conferir tal interpretação, Wold, Gaines e Block registram que, para os ambientalistas, enquadrar uma medida unilateral dentro das

³⁷¹ “It is thus not surprising that environmentalists began to turn their attention to the trading system after a GATT dispute-settlement panel ruled that a United States embargo on non-dolphin-friendly tuna was illegal under GATT rules. The panel's ruling was particularly disturbing because the scheme did not obviously target imports; it was enforced in tandem with domestic regulations that required United States fishers to use dolphin-friendly techniques. Article XX of the GATT provides exceptions for measures that are “necessary” to protect human and animal life and health (XX(b)) and that are “in relation to” the “conservation of exhaustible natural resources” (XX(g)). The Tuna/Dolphin panel held, however, that these exceptions only applied to measures protecting resources within the territorial jurisdiction of the enacting state. Widely criticized, the Tuna/Dolphin ruling was never adopted as a legally binding dispute settlement by GATT's membership. n8 Ignoring the text of the GATT treaty, the panel based its decision on an intuition that trade measures to protect the environment might somehow open the door to “green” protectionism, thereby threatening the market access negotiated in the GATT framework.” (HOWSE, 2002).

hipóteses do Artigo XX(b) parecia se tornar algo intransponível, tendo em vista a dificuldade de os argumentos demonstrarem que as medidas eram indispensáveis, em vez de necessárias³⁷².

O cenário de incredulidade se manteve mesmo quando uma questão supostamente ambiental foi objeto da primeira análise do órgão de solução de controvérsias dentro da estrutura da OMC – já sob a vigência do texto do tratado de Marrakesh e, por conseguinte, sob a égide do emergente princípio do desenvolvimento sustentável –, a qual se deu por meio do caso conhecido como *US-Reformulated Gasoline*, de 1996³⁷³.

Isso porque o OSC considerou que as medidas restritivas adotadas pelos Estados Unidos da América para reduzir a poluição não se justificavam com base no disposto na regra do Artigo XX(b), pela mesma razão de que não se conseguiu demonstrar a indispensabilidade da medida³⁷⁴.

Todavia, discorda-se que tal caso possa ser avaliado da mesma maneira que seus antecessores (citados), notadamente porque a razão fundamental pela qual a restrição à importação não foi considerada como compatível com o Artigo XX(b) não guardou relação com as questões ambientais, mas com o fato de que a medida adotada era

³⁷² “For environmentalists, the interpretations of Article XX(b) by the *Tuna/Dolphin* Panels seemed insurmountable. How could governments show that measures were ‘indispensable’ as opposed to ‘needed’ to meet the *Tuna/Dolphin II* Panel interpretation of ‘necessary’?” (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 287).

³⁷³ Um dos primeiros casos da OMC, trazido pela Venezuela e depois pelo Brasil contra os EUA. O relatório do painel foi adotado em 1996. O caso não contestou o direito de um país a estabelecer padrões ambientais. A questão central era sobre discriminação - se a medida EUA discriminados gasolina importada e em favor de refinarias nacionais. Por essa razão, no ponto, será tratado de maneira periférica.

³⁷⁴ Sob a questão, ver parágrafos 6.26 a 6.29 do relatório do Painel. Em especial, do parágrafo 6.28 destaca-se o seguinte trecho: “For instance, although foreign data may be formally less subject to complete control by US authorities, this did not amount to establishing that foreign data could not in any circumstances be sufficiently reliable to serve US purposes. This, however, was the practical effect of the application of the Gasoline Rule. In the Panel's view, the United States had not demonstrated that data available from foreign refiners was inherently less susceptible to established techniques of checking, verification, assessment and enforcement than data for other trade in goods subject to US regulation.”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2013.

discriminatória nos termos do *caput*³⁷⁵. O óbice que o Órgão de Apelação encontrou, por conseguinte, foi de outra ordem, a qual será objeto de estudo no último subitem do presente tópico.

Por conseguinte, o presente estudo adota a concepção de que a primeira ocasião em que o requisito da necessidade previsto na alínea “b” foi apreciado verdadeiramente pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC³⁷⁶ foi no caso que levou a alcunha de *EC-Asbestos*³⁷⁷, no qual se pode averiguar uma evolução interpretativa, para integrar aspectos ambientais e de saúde ao conceito, relativizando-o³⁷⁸.

³⁷⁵ Anotam Bernasconi-Osterwalder *et alii* (2006, p. 101): “[i]n analyzing the measures under the *chapeau*, the Appellate Body questioned the US’s failure to pursue available alternative non-discriminatory measures, such as an imposition of either statutory or individual baselines without differentiation as to domestic and imported gasoline. While the Appellate Body recognized the anticipated difficulties in making individual baselines available to foreign refiners, it noted that the US had failed to explore adequately means... of mitigating the administrative problems relied on as justification... for rejecting individual baselines for foreign refiners; and to count the costs for foreign refiners that would result from the imposition of statutory baselines. For those reasons, the Appellate Body concluded that the baseline establishment rules constituted both ‘unjustifiable discrimination’ and a ‘disguised restriction on international trade’”.

³⁷⁶ Importante destacar que o teste acerca dos critérios para se definir se uma medida é ou não necessária sofreram sua primeira alteração de paradigma e revisão de método de aplicação no caso conhecido como Korea-Beef; Todavia, nesta oportunidade, abordou-se a temática sob a ótica da exceção prevista no Artigo XX(d). Por esse motivo, é de se ter por assente que a primeira interpretação do critério que trouxe uma nova abordagem à exceção prevista no Artigo XX(b) foi no caso EC-Asbestos. Nesse sentido, também é a percepção de Erich Vranes (2009, p. 272-273), para quem “[a] novel approach to the necessity requirement was introduced into WTO jurisprudence in 2000. Its exact scope and implications are still disputed. This new stance was taken in Korea-Beef, a decision concerned with Article XX(d). [...] The test explained in Korea-Beef has been transferred to Article XX(b) by the Appellate Body in EC-Asbestos, where it emphasized that the preservation of human life and health is a value that is ‘both vital and important in the highest degree’”.

³⁷⁷ Um resumo do caso pode ser encontrado facilmente em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis09_e.htm>. Acesso em: 26 mar. 2013. O texto original é o que segue: “[c]hrysotile asbestos is generally considered to be a highly toxic material, exposure to which poses significant threats to human health (such as asbestosis, lung cancer and mesothelioma). However, due to certain qualities (such as resistance to very high temperature), chrysotile asbestos has been widely used in various industrial sectors. To

control the health risks associated with asbestos, the French Government, which had previously been an importer of large quantities of chrysotile asbestos, imposed a ban on the substance as well as on products that contained it. The European Communities justified its prohibition on the grounds of human health protection, arguing that asbestos was hazardous not only to the health of construction workers subject to prolonged exposure, but also to population subject to occasional exposure. Being the second largest producer of asbestos world-wide, Canada contested the prohibition in the WTO. While it did not challenge the hazards associated with asbestos, it argued that a distinction should be made between chrysotile fibres and chrysotile encapsulated in a cement matrix. The latter, it argued, prevented release of fibres and did not endanger human health. It also argued that the substances which France was using as substitutes for asbestos had not been sufficiently studied and could themselves be harmful to human health. Canada claimed that the Decree violated GATT Articles III:4 and XI, and Articles 2.1, 2.2, 2.4 and 2.8 of the TBT Agreement, and also nullified or impaired benefits under GATT Article XXIII:1(b). The EC argued that the Decree was not covered by the TBT Agreement. With regard to GATT 1994, it requested the panel to confirm that the Decree was either compatible with Article III:4 or necessary to protect human health within the meaning of Article XX(b). Despite finding a violation of Article III, the Panel ruled in favour of the European Communities. Under Article III (which requires countries to grant equivalent treatment to like products) the Panel found that the EC ban constituted a violation since asbestos and asbestos substitutes had to be considered “like products” within the meaning of that Article. The panel argued that health risks associated with asbestos were not a relevant factor in the consideration of product likeness. However, the Panel found that the French ban could be justified under Article XX(b). In other words, the measure could be regarded as one which was “necessary to protect animal, human, plant life or health.” It also met the conditions of the chapeau of Article XX. It therefore ruled in favour of the European Communities. On appeal, the WTO Appellate Body upheld the panel’s ruling in favour of the EC, while modifying its reasoning on a number of issues. For instance, it reversed the Panel’s finding that it was not appropriate to take into consideration the health risks associated with chrysotile asbestos fibres in examining the “likeness” of products under GATT Article III:4. The Appellate Body also argued that the case should have been looked at under the TBT Agreement rather than under GATT rules, but did not itself pursue the analysis under TBT since the Appellate Body only has a mandate to examine issues of “law” in dispute settlement (and cannot itself embark on new analyses).³⁷⁸

³⁷⁸ “Finally, however, the dispute settlement panel hearing Canada’s case against a French regulation prohibiting the import and most uses of asbestos, a well know and potent carcinogen, became the first panel to rule that na

Com efeito, na aludida decisão, o OSC consignou que seu papel não era o de analisar o acerto da medida do governo Francês em proteger sua população de determinados riscos que cria existir, ou mesmo julgar e avaliar a extensão da proteção à saúde pública que um país deseja conferir a seus cidadãos, mas sim determinar se a medida adotada estava, ou não, incluída dentre aquelas que se prestavam à contribuir para a proteção ao bem jurídico em questão.

E, ao proceder tal análise, entendeu o Painel que restaram demonstrados riscos suficientes à saúde, em princípio³⁷⁹ compatíveis com a natureza da medida, declarando cumprido, portanto, o primeiro requisito previsto no Artigo XX(b) do GATT.

Ainda, antes de analisar se a medida adotada pela França, de proibir o uso do amianto, era indispensável ou mesmo se havia outras medidas menos restritivas que poderiam ter sido adotadas ainda que em perspectiva, a fim de aferir o cumprimento do teste da necessidade, o Painel considerou o seguinte:

[...] deve-se levar expressamente em conta a extensão do problema de saúde que se almeja evitar ao analisar a necessidade da medida. Assim, se concluirmos que o risco à saúde representado pelo amianto ou cimento de amianto for menor do que o alegado pela CE, medidas menos vigorosas poderão ser justificadas³⁸⁰.

environmental measure met the ‘necessary’ test”. (WORLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 287).

³⁷⁹ Utiliza-se do vocábulo “em princípio” uma vez que a análise da compatibilidade da adoção da medida somente será definitiva se esta for entendida como um ato estatal que não se constitua em uma arbitrária discriminação ou uma disfarçada restrição ao comércio internacional de bens, nos termos do *caput* do Art. XX, matéria que será abordada oportunamente dentro desse estudo.

³⁸⁰ Parágrafo 8.176. “This being so, we shall have to take expressly into account the extent of the health problem in assessing the necessity of the measure. Thus, if we were to conclude that the health hazard represented by chrysotile or chrysotile-cement was less than the EC allege, less vigorous measures might then be justified.” Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-1.aspx?language=E&CatalogueIdList=18475%2c17801%2c1236%2c15367%2c10061%2c13353%2c44321%2c17059%2c28933%2c46239&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextSearch=>. Acesso em: 26 mar. 2013.

Pode-se perceber sem dificuldade que a abordagem da regra pelo OSC no caso ora em apreço muda radicalmente se comparada aos demais. Primeiramente, passa-se a entender que medidas destinadas à proteção da saúde humana não mais se devem ser indispensáveis ou inevitáveis³⁸¹ frente a outras que apresentem menor impacto à vazão da regra geral do livre acesso aos mercados, mas sim em um direito dos Estados membros da OMC quando julgarem conveniente, desde que preenchidos determinados requisitos.

Ainda, passa-se a considerar (i) a relevância do bem jurídico tutelado, (ii) seu potencial para dar vazão à política pública adotada e, assim, também a (iii) contribuição efetiva desta para a significativa melhora da qualidade daquele, como mecanismos jurídicos para avaliar se a medida é ou não necessária nos termos do Artigo XX(b) do GATT.

Neste particular aspecto, mais que citar excertos do julgado, convém trazer à baila a lição de Bernasconi-Osterwalder *et alii*, para quem:

Confirmando o “processo de pesos e contrapesos” adotado no caso *Korea-Beef*, o Órgão de Apelação reiterou dois aspectos deste processo. Primeiramente, fez referência à extensão em que ‘a medida alternativa contribui para a realização do fim pretendido com a medida questionada’ e, em segundo lugar, reiterou-se o conceito de que quanto mais “vital ou importante” seja o interesse perseguido, mais facilmente será para uma medida satisfazer o requerimento da necessidade. [...] Consequentemente, o Órgão de Apelação concluiu que o ‘uso controlado’ não se mostrara uma medida alternativa razoável, menos restritiva ao comércio internacional, apta a atingir os mesmos resultados que a medida proposta – proibição do uso de amianto³⁸².

³⁸¹ Essa constatação foi tomada já no caso *Korea-Beef*, no qual se assentou que para uma medida ser necessária ela não precisa ser “indispensável” ou “inevitável” (relatório do Órgão de Apelação, parágrafo 161). De outro norte, assentou o órgão, a medida necessária deveria se situar em algum lugar entre uma medida indispensável e outra que fizesse uma contribuição à uma melhora do incremento de determinado objetivo político-ambiental (parágrafo 166).

³⁸² “Confirming the ‘weighing and balancing process’ laid down in *Korea-Beef*, the Appellate Body reiterated two aspects of that process. First it referred to the extent to which the alternative measure ‘contributes to the realization of the end

Ou seja, pela nova abordagem não é mais suficiente a identificação da existência de outra medida alternativa – como em *Thailand-Cigarettes e Tuna/Dolphin I e II* –, mas sim uma análise também desta, para que se possa (ou não) concluir que (i) atingiria a política destinatária da norma em igual medida; (ii) seria capaz de conferir um igual grau de proteção ao bem jurídico tutelado pela medida restritiva; (iii) mesmo nessas condições, a alternativa apresentaria menor restrição ao sistema do comércio internacional de bens.

Ainda, o Órgão de Apelação reconheceu que, para taxar uma medida como alternativa e analisar comparativamente o grau de restrição ao sistema do comércio internacional de bens que oferecem esta e a combatida, tornava-se importante levar em consideração a capacidade concreta de a alternativa ser adotada pelo mesmo Estado no plano dos fatos. Por outro lado, deixou-se claro, até mesmo a partir do exemplo do caso *US-Reformulated Gasoline*, que dificuldades administrativas de implantação não podem ser consideradas nesse aspecto³⁸³.

pursued' and second, it reiterated the concept that the more 'vital or important' the common interests being pursued, the easier it would be for a measure to satisfy the necessity requirement. [...] With respect to the first of the two elements, the Appellate Body noted that in the specific case, 'controlled use' would not allow France to achieve its chosen level of health protection by halting the spread of asbestos-related health risks. In addition, in applying the second aspect of the weighing and balancing process, the Appellate Body emphasized that the objective pursued by the French measure – the preservation of human life and health – was indeed 'both vital and important in the highest degree. Consequently, the Appellate Body concluded that 'controlled use' had not been shown to be a reasonably available, less trade restrictive, alternative measure able to achieve the same result as the measure in the issue. EC-Asbestos was the first to accept a Member's defence under Article XX(b)". (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p. 174).

³⁸³ "It is also noteworthy that the Appellate Body in *EC-Asbestos* recognized that difficulties in the implementation of an alternative measure could be considered when determining whether an alternative measure was reasonably available (*Id.* at paragraph 169). However, it found that an alternative measure could still be considered reasonably available, even if it involved administrative or other difficulties in implementation. More recently, in *US-Gambling* (which involved the GATS), the Appellate Body found that an alternative measure that is merely theoretical in nature, may not be considered reasonably available (*US-Gambling* AB report, paragraph 308). This would include situations where the responding Member is not capable of taking an alternative measure or situations where the measure imposes an undue burden on that Member (e.g. prohibitive

Ou seja, o caso *EC-Asbestos* marca uma ruptura de paradigma no que toca à avaliação do enquadramento de uma medida unilateral enquanto restrição comercial com fundamento no Artigo XX(b) do GATT, por duas razões. Primeiramente, como registram Wold, Gaines e Block (2011, p. 276), o painel “inaugura uma nova perspectiva ao introduzir um componente científico no Artigo XX(b)”, eis que o Painel se viu obrigado a analisar a existência ou não de um risco para preencher o primeiro critério do dispositivo em questão³⁸⁴.

Em segundo lugar, pois marcou o abandono daquele teste previsto e utilizado no âmbito do GATT acerca da necessidade da medida, no sentido de avaliar apenas “*se existe uma medida alternativa satisfatória e efetiva*”³⁸⁵, para uma nova abordagem, esta embasada em uma complexa análise tanto da medida combatida quando daquela tida como alternativa razoável disponível, a fim de aferir “*o quanto a medida tida como alternativa razoável disponível é igualmente adequada ao atendimento do fim pretendido*”³⁸⁶.

Introduziu-se, assim, um novo teste (pesos e contrapesos – no original em inglês *wheighing and balancing*) para aferir se uma medida é, ou não, necessária, o qual consiste, segundo registra Erich Vranes, em

cost or substantial technical difficulties).” (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p. 150). No mesmo sentido é a constatação de Wold, Gaines e Block (2011, p. 303), para quem “the new ‘necessary’ test allows panels to balance many different factors, including the economic resources available to the country implementing the trade restriction and the environmental problems being addressed.”.

³⁸⁴ “The *Asbestos* Panel breaks new ground by introducing a scientific component to Article XX(b). In paragraph 8.170, the Panel analyzes whether or not France’s goal to protect human health from chrysotile asbestos falls within the range of policies to protect human life or health. The Panel states that the words ‘policies designated to protect human health or life imply the existence of a *health risk*’ (emphasis in original). Thus, to determine whether or not a measure falls within the range of policies designed to protect human life or health, the Panel was required to determine if asbestos poses a risk to human life or health. This requires it to assess whether France’s claim is scientifically valid.” (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 276-277).

³⁸⁵ Relatório do painel *United States – Imports of Certain Automotive Spring Assemblies*, § 58. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/81spring.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2013.

³⁸⁶ “[i]n jurisprudence under the classical necessity test where the standard ‘reasonably available’ was introduced, this test appeared to be more restrictive in that in concentrated on the inquiry into whether the least restrictive alternative measure is equally suitable”. (VRANES, 2009, p. 273).

avaliar em que medida a restrição combatida e as medidas alternativas consideradas se prestam, da mesma forma e no mesmo grau, a:

- (1) ser projetada para assegurar o adimplemento de um objetivo político almejado, relacionado com o fim pretendido pela medida;
- (2) ser necessariamente ou indispensável ou
- (3) ‘necessária para’ assegurar o adimplemento. Essa necessidade é determinada levando em consideração, particularmente:
 - (a) a contribuição da medida para o atingimento do objetivo político;
 - (b) a importância do objetivo político;
 - (c) o grau de restrição ao livre comércio que ela representa³⁸⁷.

Ressalta-se que nesse processo deve ser avaliada a importância de cada elemento individualmente e, depois, seu papel deve ser levado em consideração juntamente com os outros elementos para fins de aferir se o objetivo é ou não atingido no mesmo grau por meio da medida³⁸⁸.

Estas novas abordagens, consideradas pelo presente estudo como evoluções interpretativas à luz da nova estruturação que sofreu o Tratado de Marrakesh, diante da incorporação do princípio internacional do desenvolvimento sustentável como parte integrante do direito do comércio internacional, foram adotadas também por outro painel mais recente da OMC, qual seja, o que decidiu o caso *Brazil-Retreated Tyres*, em 2007.

Nessa ocasião, o OSC debruçou-se sobre o fator científico e concluiu que o Brasil conseguiu demonstrar evidências da existência de impactos à saúde humana e animal – notadamente pela contaminação do

³⁸⁷ “In sum, a measure for which justification is sought under Article XX(d) must: (1) be ‘designed to’ secure compliance with the policy goal of this provision; (2) and must be either ‘indispensable’ or (3) ‘necessary to’ secure such compliance. This necessity is determining taking into account in particular: (a) the measure’s contribution to the policy goal; (b) the importance of the policy goal; and (c) the degree of the measure’s trade effect.” (VRANES, 2009, p. 272).

³⁸⁸ “Although this language refers clearly to a process where, in first place, the importance of each element is assessed individually and, then, its role and relative importance is taken into consideration together with the other elements for the purposes of deciding whether the challenged measure is necessary to attain the objective pursued”. (WORLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 301).

solo e água e pela proliferação de doenças, como a dengue – ocasionados por meio da exposição de pneus recauchutados ao ar livre.³⁸⁹

No mesmo sentido, aplicou o teste dos pesos e contrapesos, avaliando as medidas sugeridas pela Comunidade Europeia como alternativas para a proibição de importação de pneus recauchutados e chegou à conclusão de que a medida brasileira se afigurava necessária do ponto de vista do Artigo XX(b) do GATT³⁹⁰.

³⁸⁹ Nesse sentido, acerca do julgado, salientam Wold, Gaines e Block: “[t]he Panel also concluded that Brazil had demonstrated a risk to animal or plant life or health from tire fires and mosquito-borne diseases. The Panel particularly noted that ‘[a]lthough the evidence is less explicit in explaining the risk to animal and plant life or health than that to human health or life, the evidence before us suggests that contamination of water and soil leads to an inevitable negative impact on animal and plant life and health. In the light of the above, the Panel concluded that Brazil had demonstrated the existence of risks to animal and plant life or health in relation to dengue and risks to animal and plant life or health in relation to toxic emissions caused by tire fires. The Panel also concluded that Brazil’s measures fell within the range of policies covered by Article’”. (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 296).

³⁹⁰ “The Panel then proceeded to examine the alternatives to the Import Ban proposed by the European Communities. The Panel explained that some of them could not be viewed as alternatives to the Import Ban because they were complementary to it and were already included in Brazil’s comprehensive policy. Next the Panel compared the other alternatives proposed by the European Communities – landfilling, stockpiling, incineration, and material recycling – with the Import Ban, taking into consideration the specific risks associated with these proposed alternatives. The Panel concluded from this comparative assessment that none of the proposed options was a reasonably available alternative to the Import Ban. [...] The Panel did refer to its collective examination of these alternatives in concluding that ‘none of these, either individually or collectively, would be such that the risks arising from waste tyres in Brazil would be safely eliminated, as is intended by the current import ban’. [...] Finally, having found that other proposed alternatives were not reasonably available or carried their own risks, these alternatives would not have weighed differently in a collective assessment of alternatives. In sum, the Panel’s conclusion that the Import Ban is necessary was the result of a process involving, first, the examination of the contribution of the Import Ban to the achievement of its objective against its trade restrictiveness in the light of the interests at stake, and, secondly, the comparison of the possible alternatives, including associated risks, with the Import Ban. The analytical process followed by the Panel is consistent with the approach previously defined by the Appellate Body. The weighing and balancing is a holistic operation that involves putting

Da mesma forma que o caso *US-Reformulated Gasoline*, em *Brazil-Retreated Tyres* a medida combatida foi considerada como violadora do *caput* do Artigo XX, e não da exceção específica. Todavia, o julgamento dessa causa trouxe aspectos bastante relevantes para as conclusões a que deve chegar o presente tópico.

Primeiramente, tendo em vista que a nova abordagem construída em *EC-Asbestos* foi recepcionada pelo único painel seguinte que analisou uma causa de mesma natureza, pode-se afirmar que este é o precedente atual do órgão de solução de controvérsias da OMC.

Desta forma, para que se possa defender uma medida com base no Artigo XX(b) do GATT, faz-se necessário demonstrar a ligação daquela com o objetivo que o país pretendeu relativamente à tutela da saúde e/ou vida humanas, animais e vegetais. Não se trata de qualquer demonstração, mas sim de uma demonstração por meio de critérios científicos.

Além disso, tem-se que o atual teste da necessidade, como reformulado pela jurisprudência do OSC relativamente aos Artigos XX(d) e XX(b), é mais amplo e mais aberto a recepcionar medidas restritivas ao comércio internacional que possuam por fundamento os bens jurídicos em comento. Isso porque não mais se presta a considerar como albergáveis pelos dispositivos medidas indispensáveis, assim entendidas quando não houver mais nenhuma outra disponível para a adoção, mas sim medidas efetivamente necessárias. E, para aferir se uma restrição é ou não necessária, recorre-se ao teste, o qual consiste em dois momentos.

O primeiro, em avaliar individualmente se (i) as medidas tidas como alternativas se prestam a atingir o mesmo objetivo que a restrição combatida; (ii) oferecem o mesmo grau de proteção desta; (iii) são de factível aplicação para o Estado em questão.

O segundo momento se presta a aferir qual das duas medidas em igualdade de condições pode, pelos seus elementos globais e conjunturais, oferecer uma menor restrição à cláusula geral do livre acesso aos mercados, grande objetivo do sistema GATT/OMC.

Tendo em vista que a operacionalidade do teste na necessidade será objeto de análise mais detida pelo tópico segundo do presente estudo, passa-se, na sequência, à análise dissecada acerca do

all the variables of the equation together and evaluating them in relation to each other after having examined them individually, in order to reach an overall judgment.” (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 302).

funcionamento de outra exceção ambiental ao comércio internacional, aquela prevista na alínea “g” do Artigo XX do GATT.

4.1.3 O funcionamento da regra indicada no artigo XX(g) do GATT à luz da prática jurisprudencial do OSC

As regras previstas para que uma medida unilateral seja incursa no Artigo XX(g) do GATT são mais bem delimitadas do que o casuístico e difícil teste da necessidade ao qual devem se submeter as restrições enquadradas na alínea “b” do dispositivo – como exposto no subitem pretérito. Com efeito, esse é o texto da norma em apreço:

Artigo XX. Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas: [...] (g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais;

A doutrina, assim como a jurisprudência do órgão de solução de controvérsias da OMC, é unânime ao classificar que os critérios a serem observados são: (i) o objeto deve ser um recurso natural esgotável; (ii) a medida deve ser relativa à conservação do aludido recurso; (iii) a restrição deve ser aplicada indistintamente aos produtos nacionais ou importados³⁹¹. Insta, pois, analisar a partir dos precedentes jurisprudenciais, como tem sido interpretados tais elementos nos casos concretos.

4.1.3.1 Recurso natural esgotável

³⁹¹ “The applicability of Article XX(g) requires na interpretation of three distinct phrases in the paragraph: 1) ‘exhaustible natural resources’, 2) ‘relating to’, and 3) ‘made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.’ (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 304). No mesmo sentido são as colocações de Bernasconi-Osterwalder (2006, p. 78), bem como de Vranes (2009, p. 266-267).

Quanto ao primeiro critério, acerca do que se pode entender como um recurso natural esgotável, a jurisprudência sempre caminhou no mesmo sentido. Nos casos pré-OMC que se debruçaram sobre a regra, notadamente *US-Tuna and Tuna Products From Canada* (1982)³⁹² e *Canada – Unprocessed Herring and Salmon* (1988)³⁹³, a questão não chegou a ser analisada, haja vista que todas as partes do litígio concordaram que os estoques de peixe se constituíam em recursos naturais esgotáveis³⁹⁴.

A primeira ocasião em que se discutiu a caracterização de um bem da vida como recurso natural esgotável para fins de enquadramento na cláusula ocorreu em 1991 e 1994, nos casos *US-Tuna-Dolphin I e II*. No primeiro, o México argumentou pela impossibilidade de se incluírem

³⁹² “An import prohibition was introduced by the US after Canada had seized 19 fishing vessels and arrested US fishermen fishing for albacore tuna, without authorization from the Canadian government, in waters considered by Canada to be under its jurisdiction. The US did not recognize this jurisdiction and introduced an import prohibition to retaliate under the Fishery Conservation and Management Act. The Panel found that the import prohibition was contrary to Article XI:1, and was justified neither under Article XI:2, nor under Article XX(g) of the General Agreement.”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis01_e.htm>. Acesso em: 31 mar. 2013.

³⁹³ “Under the 1976 Canadian Fisheries Act, Canada maintained regulations prohibiting the exportation or sale for export of certain unprocessed herring and salmon. The US complained that these measures were inconsistent with GATT Article XI. Canada argued that these export restrictions were part of a system of fishery resource management aimed at preserving fish stocks, and therefore were justified under Article XX(g). The Panel found that the measures maintained by Canada were contrary to GATT Article XI:1 and were justified neither by Article XI:2(b) nor by Article XX(g).” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis02_e.htm>. Acesso em: 31 mar. 2013.

³⁹⁴ “With respect to the treatment of biological resources in the pre-WTO jurisprudence, the adopted 1982 Panel Report on the *US-Tuna and Tuna Products From Canada* noted that ‘both parties considered tuna stocks, including albacore tuna, to be an exhaustible natural resource in need of conservation management (paragraph 4.9)’. Similarly, the adopted *Canada-Unprocessed Herring and Salmon* 1988 Panel Report ‘agreed with the parties that salmon and herring stocks are ‘exhaustible natural resources’ (paragraph 4.4). In both these cases, all parties to the disputes agreed on the nature of fish stocks as exhaustible natural resources”. (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p. 79).

seres vivos como recursos naturais, a fim de ver excluídos do âmbito de aplicação da cláusula os estoques de atum. No segundo, foi a Comunidade Econômica Europeia que sustentou a tese de que os golfinhos não poderiam ser classificados como recursos naturais esgotáveis.

Os painéis, todavia, rejeitaram tais argumentos e entenderam que tanto os estoques de atum quanto os golfinhos eram recursos naturais esgotáveis nos termos do Artigo XX(g) do GATT³⁹⁵.

No mesmo sentido foi a decisão do painel no caso *US-Reformulated Gasoline*, no qual se entendeu que o ar puro (bem jurídico cuja intangibilidade era tutelada pela medida questionada) é um recurso natural e, como tal, está sujeito ao esgotamento. O painel foi além, estatuindo, ainda, que a regra do Artigo XX(g) não exige uma deterioração concreta, mas sim que exista a potencialidade de ocorrer o esgotamento do recurso. Interessante colacionar o texto do relatório no particular:

6.37. O Painel examinou se o ar puro pode ser considerado um recurso natural. Na visão do Painel, o ar puro é um recurso (detém valor) e é natural. Este pode se esgotar. O fato de um recurso esgotável ser definido por suas qualidades não foi decisivo para o Painel. Da mesma maneira, o fato de o recurso ser renovável não pode ser uma objeção. Um painel passado aceitou que estoques renováveis de salmão poderiam ser enquadrados como um recurso natural renovável. Portanto, o Painel entendeu que a medida para reduzir a deterioração do ar puro era uma política

³⁹⁵ “In *US-Tuna/Dolphin I*, Mexico argued that the term could not be justifiably extended to include fisheries and fishery products, nor to include any other living being. Likewise, in *US-Tuna/Dolphin II*, the European Economic Community (EEC) disputed the fact dolphins could be considered a natural resource, on the grounds that the Convention on the International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) ensured that there was no trade in dolphin species and that one could thus question whether dolphins were resources in any economic sense (*US-Tuna/Dolphin II* panel report, paragraph 3.52). The panels in both cases disagreed with these arguments and concluded that dolphins qualified as natural resources (*US-Tuna/Dolphin II* panel report, paragraph 5.13)” (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p.79).

voltada à conservação de um recurso natural nos termos do Artigo XX(g)³⁹⁶.

Este precedente é particularmente relevante para o presente estudo, haja vista que toda e qualquer barreira climática ao comércio internacional terá como objeto mediato a manutenção do ar puro em determinados níveis e não necessariamente a reversão de uma situação concreta de deterioração da qualidade do recurso.

A questão de quais recursos naturais podem ou não se enquadrar na aludida exceção ganhou ainda mais refinamento quando do julgamento do caso *US-Shrimp/Turtle*. Neste, o foco da controvérsia foi a extensão do termo “esgotável”. Arguiu-se, na ocasião, que a regra prevista no dispositivo era aplicável apenas a recursos finitos, como minerais, e não a recursos biológicos ou renováveis, uma vez que aqueles podem se reproduzir e estes se reconstituir.

Ao rejeitar o argumento, o Órgão de Apelação definiu que mesmo as espécies vivas são um recurso passível de esgotamento – no sentido de extinção – notadamente em decorrência das atividades humanas. Mais que isso, e também mais relevante para o presente estudo, definiu-se que a interpretação dos termos do Artigo XX(g) deve ser feita “à luz das preocupações contemporâneas da comunidade das nações sobre a proteção e a conservação do meio ambiente”.

Consagrou-se, assim, a interpretação evolucionária do tratado GATT, tendo em vista o princípio do desenvolvimento sustentável, ao qual o Órgão de Apelação fez referência expressa. Ainda, para identificar quais as atuais preocupações relevantes da comunidade internacional, fez-se referência também ao princípio bem como aos tratados internacionais em matéria ambiental³⁹⁷.

³⁹⁶ “6.37 The Panel then examined whether clean air could be considered an exhaustible natural resource. In the view of the Panel, clean air was a resource (it had value) and it was natural. It could be depleted. The fact that the depleted resource was defined with respect to its qualities was not, for the Panel, decisive. Likewise, the fact that a resource was renewable could not be an objection. A past panel had accepted that renewable stocks of salmon could constitute an exhaustible natural resource. Accordingly, the Panel found that a policy to reduce the depletion of clean air was a policy to conserve a natural resource within the meaning of Article XX(g).”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

³⁹⁷ “127. We begin with the threshold question of whether Section 609 is a measure concerned with the conservation of "exhaustible natural resources" within the meaning of Article XX(g). The Panel, of course, with its "chapeau-

down" approach, did not make a finding on whether the sea turtles that Section 609 is designed to conserve constitute "exhaustible natural resources" for purposes of Article XX(g). In the proceedings before the Panel, however, the parties to the dispute argued this issue vigorously and extensively. India, Pakistan and Thailand contended that a "reasonable interpretation" of the term "exhaustible" is that the term refers to "finite resources such as minerals, rather than biological or renewable resources." In their view, such finite resources were exhaustible "because there was a limited supply which could and would be depleted unit for unit as the resources were consumed." Moreover, they argued, if "all" natural resources were considered to be exhaustible, the term "exhaustible" would become superfluous. They also referred to the drafting history of Article XX(g), and, in particular, to the mention of minerals, such as manganese, in the context of arguments made by some delegations that "export restrictions" should be permitted for the preservation of scarce natural resources. For its part, Malaysia added that sea turtles, being living creatures, could only be considered under Article XX(b), since Article XX(g) was meant for "nonliving exhaustible natural resources". It followed, according to Malaysia, that the United States cannot invoke both the Article XX(b) and the Article XX(g) exceptions simultaneously. 128. We are not convinced by these arguments. Textually, Article XX(g) is not limited to the conservation of "mineral" or "non-living" natural resources. The complainants' principal argument is rooted in the notion that "living" natural resources are "renewable" and therefore cannot be "exhaustible" natural resources. We do not believe that "exhaustible" natural resources and "renewable" natural resources are mutually exclusive. One lesson that modern biological sciences teach us is that living species, though in principle, capable of reproduction and, in that sense "renewable", are in certain circumstances indeed susceptible of depletion, exhaustion and extinction, frequently because of human activities. Living resources are just as "finite" as petroleum, iron ore and other non-living resources. The words of Article XX(g), "exhaustible natural resources", were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment. While Article XX was not modified in the Uruguay Round, the preamble attached to the WTO Agreement shows that the signatories to that Agreement were, in 1994, fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy. The preamble of the WTO Agreement -- which informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreements - explicitly acknowledges "the objective of sustainable development. [...]130. From the perspective embodied in the preamble of the WTO Agreement, we note that the generic term "natural resources" in Article XX(g) is not "static" in its content or reference but is rather "by definition, evolutionary". It is, therefore, pertinent to note that modern international conventions and declarations make frequent references to natural resources as embracing both

Revela-se, portanto, que a interpretação dada pela jurisprudência da OMC aos recursos que podem ser enquadrados na referida regra é bastante ampla, permitindo a inclusão de elementos vivos e não vivos, sejam eles renováveis ou não.

4.1.3.2 “Relativo a” conservação

Quanto ao segundo critério da norma, qual seja, a relação entre a medida combatida e a conservação do recurso natural esgotável em questão (o termo “relating to”), o princípio do desenvolvimento sustentável também exerceu papel decisivo, alterando a interpretação dada pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

Isso porque nos julgamentos anteriores à assinatura do Tratado de Marrakesh, a interpretação dada a esse critério aproximava-se, em muito, do teste de necessidade então aplicado ao Artigo XX(b). Com efeito, no caso *Canada-Unprocessed Herring and Salmon*, assentou-se a premissa de que, para enquadrar a medida nos termos do Artigo XX(g), fazia-se necessário que esta fosse “destinada principalmente à conservação” do aludido recurso natural³⁹⁸. Esta interpretação foi mantida no casos *US-Tuna/Dolphin I e II*.

living and non-living resources. [...]131. Given the recent acknowledgement by the international community of the importance of concerted bilateral or multilateral action to protect living natural resources, and recalling the explicit recognition by WTO Members of the objective of sustainable development in the preamble of the WTO Agreement, we believe it is too late in the day to suppose that Article XX(g) of the GATT 1994 may be read as referring only to the conservation of exhaustible mineral or other non-living natural resources”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

³⁹⁸ “4.6 The Panel noted that some of the subparagraphs of Article XX state that the measure must be “necessary” or “essential” to the achievement of the policy purpose set out in the provision (cf. subparagraphs (a), (b), (d) and (j)) while subparagraph (g) refers only to measures “relating to” the conservation of exhaustible natural resources. This suggests that Article XX(g) does not only cover measures that are necessary or essential for the conservation of exhaustible natural resources but a wider range of measures. However, as the preamble of Article XX indicates, the purpose of including Article XX(g) in the General Agreement was not to widen the scope for measures serving trade policy purposes but merely to ensure that the commitments under the General Agreement do not hinder the pursuit of policies aimed at the conservation of exhaustible natural resources. The Panel concluded for these reasons that, while a trade measure did not have to be necessary or essential to the conservation of an

Na prática, como registram Wold, Gaines e Block (2011, p. 302), a interpretação dada por esses painéis “praticamente equiparou a avaliação da medida com o teste de necessidade do Artigo XX(b)”³⁹⁹. E esta abordagem dificultava sobremaneira a viabilidade de se utilizar da exceção da alínea “g”, haja vista que limitava o espectro de abrangência da norma.

Todavia, a jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias não se manteve estanca e, à luz do princípio do desenvolvimento sustentável, adotou uma interpretação mais literal do tratado, ampliando as possibilidades de utilização da exceção em apreço.

Essa guinada interpretativa ocorreu no caso *US-Reformulated Gasoline*, no qual se estabeleceu uma clara diferença entre as exceções das alíneas “b” e “g” do Artigo XX, e refutou-se o entendimento dos painéis precedentes. Nesse sentido é a visão de Bernasconi-Osterwalder *et alii* (2006, p. 79):

O Órgão de Apelação fez uma distinção entre o termo “necessário”, usado no parágrafo (b), e o termo “relativo a”, usado no parágrafo (g). Em *US-Reformulated Gasoline*, explicou-se que as duas frases não são equivalentes. O Órgão de Apelação também rejeitou a abordagem adotada pelo painel pré-OMC de 1988, o caso *Canada-Unprocessed Herring and Salmon*. [...] Em *US-Reformulated Gasoline*, o Órgão de Apelação concluiu que o teste de ser a medida “destinada

exhaustible natural resource, it had to be primarily aimed at the conservation of an exhaustible natural resource to be considered as "relating to" conservation within the meaning of Article XX(g).

The Panel, similarly, considered that the terms "in conjunction with" in Article XX(g) had to be interpreted in a way that ensures that the scope of possible actions under that provision corresponds to the purpose for which it was included in the General Agreement. A trade measure could therefore in the view of the Panel only be considered to be made effective "in conjunction with" production restrictions if it was primarily aimed at rendering effective these restrictions”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/87hersal.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

³⁹⁹ “These panels interpreted the phrase ‘relating to’ as ‘primarily aimed at’ and more or less equated ‘primarily aimed at with the Article XX(b) ‘necessary’ test”. (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 302).

principalmente à conservação do recurso natural” não fazia parte do texto do tratado⁴⁰⁰.

Essa mudança de entendimento, na prática, multiplicou as possibilidades de utilização da regra, haja vista que para não ser atendido o critério em questão a medida deveria ser tal que em nenhuma situação possível fosse apta a contribuir com os objetivos de conservação almejados⁴⁰¹.

Todavia, o Órgão de Apelação não foi capaz, nesse julgado, de estabelecer com clareza uma nova regra objetiva de interpretação. Isso só veio a acontecer quando o OSC se debruçou sobre o caso *US-Shrimp/Turtle*, quando se definiu que o termo “relativo a” deve ser entendido como uma relação próxima e genuína entre meios e fins, uma avaliação de adequação da medida ao fim que se propõe⁴⁰².

Assim, tendo em vista os precedentes do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e sua evolução interpretativa, para que uma medida considerada como “relativa a” conservação do bem ambiental em questão, ela deve ser adequada a tal finalidade, possuir, ainda que em pequeno grau, a capacidade de contribuir para a conservação do bem jurídico respectivo.

⁴⁰⁰ “The Appellate Body has made a clear distinction between the term ‘necessary’, used in paragraph (b), and the term “relating to”, used in paragraph (g). In *US-Reformulated Gasoline*, it explained that the two phrases are not equivalent. It also rejected the approach taken in the pre-WTO 1988 panel report on Canada’s Restrictions on Exports of Unprocessed Herring and Salmon, which held that a ‘measure had to be primarily aimed at test does not form part of the treaty text.’” (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p. 79).

⁴⁰¹ “In a particular case, should it become clear that realistically a specific measure cannot in any possible situation have any positive effect on conservation goals, it would very probably be because that measure was not designed as a conservation regulation to begin with. In other words, it would not have been “primarily aimed at” conservation of natural resources at all.” Relatório do Órgão de Apelação, caso *US-Reformulated Gasoline*, página 21-22. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

⁴⁰² Nesse sentido é a observação de Erich Vranes (2009, p. 267), para quem “‘[r]elating to’, on the other hand, has been understood to designate a ‘close and genuine relationship of ends and means’, in which the measure at issue is not ‘merely incidentally or inadvertently aimed at the conservation’ of an exhaustible resource. A low degree of scrutiny has clearly been applied with regard to both standards, as ensues from the Appellate Body emphasizing that these standards are violated only if a specific measure ‘cannot in any possible situation have any positive effect on conservation goals’”.

4.1.3.3 *Concomitância com restrições na produção ou consumo doméstico*

Finalmente, como terceiro critério, aponta a regra do Artigo XX(g) que a medida deve ser aplicada conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais. O objetivo, a toda evidência, é evitar que as medidas unilaterais se destinem apenas ao mercado externo, e, por consequência, possam ser utilizadas como forma de protecionismo de mercado.

Acerca desse requisito, que é autoexplicativo, convém fazer apenas alguns comentários adicionais. Primeiramente, a tradução do tratado, como recepcionado internamente pelo Brasil, não está em perfeita consonância com os termos originais.

A norma em questão, em seu original, além de se preocupar com o protecionismo, faz referência à efetividade da medida em questão – “*measures made effective with*”. Tal referência existe apenas implicitamente no termo “aplicadas”, que existe na tradução ao português.

A ausência da menção expressa, todavia, não possui a potencialidade de causar maiores problemas. Isso porque o Órgão de Apelação, em *US-Reformulated Gasoline*, já assentou que não há necessidade de um teste empírico para comprovar a efetividade da medida⁴⁰³, por duas razões.

⁴⁰³ “We do not believe, finally, that the clause “if made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption” was intended to establish an empirical “effects test” for the availability of the Article XX(g) exception. In the first place, the problem of determining causation, well-known in both domestic and international law, is always a difficult one. In the second place, in the field of conservation of exhaustible natural resources, a substantial period of time, perhaps years, may have to elapse before the effects attributable to implementation of a given measure may be observable. The legal characterization of such a measure is not reasonably made contingent upon occurrence of subsequent events. We are not, however, suggesting that consideration of the predictable effects of a measure is never relevant. In a particular case, should it become clear that realistically, a specific measure cannot in any possible situation have any positive effect on conservation goals, it would very probably be because that measure was not designed as a conservation regulation to begin with. In other words, it would not have been “primarily aimed at” conservation of natural resources at all.”. Relatório do Órgão de Apelação *US-Reformulated Gasoline*, Seção III, C. Disponível em:

A uma, porque em se tratando de questões ambientais não há necessariamente uma certeza científica que permita identificar a causa do dano que se busca evitar, e, em segundo lugar, pois a medida tomada pode ter efeitos apenas futuros, o que demanda o decurso de um lapso temporal indeterminado, por vezes, e limita as possibilidades de uma avaliação concreta no momento da aferição da compatibilidade da medida⁴⁰⁴.

Logo, pode-se concluir, com base na própria interpretação dada pelo Órgão de Apelação, que, nesse aspecto, a regra do Artigo XX(g) é apenas “um requerimento de que as restrições que a medida acarreta sejam suportadas tanto pelos produtos importados como pelos produtos internos”.

Essa conclusão, ainda, é compartilhada por Bernasconi-Osterwalder *et alii* (2006, p. 80), para quem a norma em questão:

[...] é um requerimento de imparcialidade, o qual se destina a prevenir países importadores de praticar uma inaceitável discriminação por meio do estabelecimento de padrões duplos em suas relações comerciais⁴⁰⁵.

Como apontamento final, importante destacar que, diferentemente do que pode conduzir uma leitura desavisada, o requerimento de imparcialidade não implica na necessidade de tratamento idêntico entre os produtos internos e importados. Implica,

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

⁴⁰⁴ “Put in a slightly different manner, we believe that the clause “if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic product or consumption” is appropriately read as a requirement that the measures concerned impose restrictions, not just in respect of imported gasoline but also with respect to domestic gasoline.” Relatório do Órgão de Apelação *US-Reformulated Gasoline*, Seção III, C. Disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf, acesso em 30/03/2013.

⁴⁰⁵ “This requirement is one of even-handedness and impartiality, which prevents importing countries from practising unacceptable double standards in their trade relations” (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p. 80). No mesmo sentido é a posição de Erich Vranes (2009, p. 267), que, de maneira bastante didática, destaca: “in conjunction with’ has come to be read as implying na ‘even-handedness’ in the imposition of restrictions. This consistency requirement, however, is not meant to require ‘identical treatment of domestic and imported products’”.

assim, na necessidade de se aplicar as mesmas restrições ambientais ocasionadas pela medida a ambos os produtos, de forma imparcial⁴⁰⁶.

Revela-se, assim, que a regra prevista no Artigo XX(g) do GATT possui algumas chaves interpretativas que advieram da prática jurisprudencial. E, para que uma medida seja enquadrada dentro da aludida cláusula, deve ela atender a essas chaves.

Primeiramente, é possível que a medida em questão contemple os mais variados tipos de recursos naturais, tanto vivos quanto não vivos, renováveis ou não.

Em segundo lugar, para que seja considerada relativa à conservação do bem, faz-se necessário um juízo de adequação entre a medida concreta e a finalidade que ela visa. Nessa análise, toda medida que se mostrar potencialmente apta a contribuir para a conservação do bem atenderá ao requisito.

Finalmente, a medida deve ser aplicada de forma imparcial, tanto aos produtos importados quanto aqueles do mercado nacional, a fim de evitar práticas protecionistas que, por natureza, são contrárias aos princípios do sistema GATT/OMC – já tratados no capítulo antecedente.

Portanto, dissecados os critérios de operacionalidade da regra do Artigo XX(g) do GATT, sempre à luz de sua interpretação pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, faz-se necessário se debruçar sobre o *caput* do dispositivo, a fim de desvendar quais são os requerimentos para que uma medida unilateral destinada à conservação de um bem ambiental (tanto pela alínea “b” quanto pela “g”) possa, finalmente, ser considerada compatível com o sistema jurídico do comércio internacional de bens.

⁴⁰⁶ “There is, of course, no textual basis for requiring identical treatment of domestic and imported products. Indeed, where there is identity of treatment - constituting real, not merely formal, equality of treatment - it is difficult to see how inconsistency with Article III:4 would have arisen in the first place. On the other hand, if no restrictions on domestically-produced like products are imposed at all, and all limitations are placed upon imported products alone, the measure cannot be accepted as primarily or even substantially designed for implementing conservationist goals. The measure would simply be naked discrimination for protecting locally-produced goods.” Relatório do Órgão de Apelação *US-Reformulated Gasoline*, Seção III, C. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

4.2 OS FILTROS DO *CAPUT* DO ARTIGO XX DO GATT

Conforme já exposto, quando uma medida unilateral superar as regras que permitem seu enquadramento dentro de uma das alíneas do Artigo XX, passará pelos testes finais previstos no *caput*, a fim de aferir, em última análise, sua compatibilidade com o regime jurídico do comércio internacional de bens.

Talvez por essa razão, a doutrina, com base no resultado dos precedentes jurisprudenciais, tem considerado que o dispositivo em questão representa um filtro do sistema, destinado a prevenir o abuso de direito dos Estados na utilização das restrições previstas no Artigo XX, notadamente aquelas com finalidades ambientais. Nesse sentido é o escólio de Wold, Gaines e Block (2011, p. 319), para quem:

O Órgão de Apelação deixou clara sua visão de que o objeto e propósito do *caput* é prevenir o abuso no uso das exceções do Artigo XX. Enquanto um membro da OMC tem o direito de utilizar das exceções, estas não devem ser aplicadas para frustrar ou anular os direitos básicos de outro membro, conferidos pelo GATT⁴⁰⁷.

Esses filtros previstos pelo Artigo XX são, segundo a jurisprudência do Órgão de Apelação – cunhada quando do julgamento do caso *US-Shrimp/Turtle*⁴⁰⁸ - uma expressão do princípio da boa-fé, em aplicação da doutrina conhecida como *abus de droit*⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ “The Appellate Body made clear its view that the object and purpose of the chapeau are to prevent the abuse of the Article XX exceptions. While a WTO member has a legal right to use the exceptions, they should not be applied to frustrate or defeat another member’s basic rights under the GATT”. (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 319). Da mesma maneira, salienta Nathalie Bernasconi-Osterwalder (2006, p. 82) que “the WTO jurisprudence is moving towards interpreting the chapeau of Article XX as a safeguard against abusive application of the exceptions included in Article XX. The Appellate Body specifically dealt with the meaning of the chapeau in two important cases: *US-Reformulated Gasoline* and *US-Shrimp/Turtle*.”.

⁴⁰⁸ “158. The chapeau of Article XX is, in fact, but one expression of the principle of good faith. This principle, at once a general principle of law and a general principle of international law, controls the exercise of rights by states. One application of this general principle, the application widely known as the doctrine of *abus de droit*, prohibits the abusive exercise of a state’s rights and

Esta constatação é particularmente relevante para o presente estudo por duas razões. Primeiramente, porque se consagra a interpretação de que a utilização de uma exceção do Artigo XX não é, em princípio, ilegal⁴¹⁰, mas sim o exercício regular de um direito do Estado Membro.

Em segundo lugar, pois o Órgão de Apelação, ao chegar a essa conclusão, salienta expressamente que o guia interpretativo a ser utilizado para definir se a medida em questão está ou não de acordo com o *caput* do Artigo XX será o recurso aos princípios de direito internacional⁴¹¹.

enjoins that whenever the assertion of a right "impinges on the field covered by [a] treaty obligation, it must be exercised bona fide, that is to say, reasonably." An abusive exercise by a Member of its own treaty right thus results in a breach of the treaty rights of the other Members and, as well, a violation of the treaty obligation of the Member so acting. Having said this, our task here is to interpret the language of the chapeau, seeking additional interpretative guidance, as appropriate, from the general principles of international law." Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2013.

⁴⁰⁹ Segundo Bin Cheng (1994, p. 121-123), a teoria do *abus de droit* é meramente uma aplicação do princípio da boa-fé no exercício dos direitos. No que toca especificamente o caso em apreço, o Autor levanta como relevante e contrário ao princípio a prática de exercer de forma maliciosa um direito, com o fito deliberado de prejudicar outro Estado: "[t]he exercise of a right – or supposed right, since the right no longer exists – for the sole purpose of causing injury to another is thus prohibited. Every right is the legal protection of a legitimate interest. An alleged exercise of a right not in furtherance of such interest, but with the malicious purpose of injuring others can no longer claim the protection of the law". Ainda, ressalta o professor que o exercício de um direito fictício com o objetivo de se escusar à aplicação de um tratado ou de outra norma de direito internacional também viola o princípio da boa-fé. Veja-se: "the principle of good faith thus requires every right to be exercised honestly and loyally. Any fictitious exercise of a right for the purpose of evading either a rule of law or a contractual obligation will not be tolerated. Such an exercise constitutes an abuse of a right, prohibited by law". A Corte Internacional de Justiça já teve ocasião de reconhecer a existência da boa-fé como princípio de direito internacional, no caso conhecido como *Anglo-Norwegian Fisheries Case* (1951). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=3&k=a6&case=5&code=ukn&p3=0>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

⁴¹⁰ O próprio painel do caso *US-Shrimp/Turtle* havia considerado que o uso das exceções previstas pelo Artigo XX era, em princípio, ilegal.

⁴¹¹ *US-Shrimp/Turtle*, § 158, supracitado.

E, não à toa, ao interpretar os requerimentos do *caput* para o caso *US-Shrimp/Turtle*, o relatório do Órgão de Apelação fez menção expressa ao papel do desenvolvimento sustentável no sistema do comércio internacional, considerando que este deve “adicionar cor, textura e contraste à interpretação dos acordos anexos ao tratado da OMC”, bem como que este é particularmente relevante para o exame da compatibilidade entre este e uma exceção prevista no Artigo XX(g) do GATT⁴¹².

Segundo o órgão de Apelação, o papel dos princípios, portanto, está em analisar se os Estados estão agindo de boa-fé nos termos dos acordos do sistema OMC/GATT, tendo em vista que também são submissos a outras normas do universo no qual se inserem, do Direito Internacional Público.

Diferentemente das regras insertas nas alíneas, todavia, o *caput* do dispositivo não visa a aferir a compatibilidade das medidas

⁴¹² “152. At the end of the Uruguay Round, negotiators fashioned an appropriate preamble for the new WTO Agreement, which strengthened the multilateral trading system by establishing an international organization, *inter alia*, to facilitate the implementation, administration and operation, and to further the objectives, of that Agreement and the other agreements resulting from that Round. In recognition of the importance of continuity with the previous GATT system, negotiators used the preamble of the GATT 1947 as the template for the preamble of the new WTO Agreement. Those negotiators evidently believed, however, that the objective of “full use of the resources of the world” set forth in the preamble of the GATT 1947 was no longer appropriate to the world trading system of the 1990’s. As a result, they decided to qualify the original objectives of the GATT 1947 with the following words: [...] while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development, [...] 153. We note once more that this language demonstrates a recognition by WTO negotiators that optimal use of the world’s resources should be made in accordance with the objective of sustainable development. As this preambular language reflects the intentions of negotiators of the WTO Agreement, we believe it must add colour, texture and shading to our interpretation of the agreements annexed to the WTO Agreement, in this case, the GATT 1994. We have already observed that Article XX(g) of the GATT 1994 is appropriately read with the perspective embodied in the above preamble.” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2013.

unilaterais com o sistema apenas teoricamente, mas sim no campo prático, dos fatos.

Em outras palavras, os testes demandados pela norma visam analisar a compatibilidade da aplicação (e não da edição) das medidas unilaterais com os termos do tratado da OMC e seus anexos, a partir da observação de quais as consequências práticas que estas geram para os Estados atingidos.

Com efeito, destaca Christina Voigt (2009, p. 228) de forma bastante prática que “é a maneira de aplicação da medida que busca justificação”⁴¹³. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência, inclusive pré-OMC. Todavia, ao longo do tempo o Órgão de Apelação depurou esse entendimento e passou a considerar que a regra prevista no *caput* também se presta ao controle *in abstracto* das medidas.

Primeiramente, quando da análise do caso *US-Spring Assemblies* (1983) assentou-se que “o *caput* do Art. XX do GATT é claro no sentido de que é a aplicação da medida, e não a medida em si, que precisa ser examinada”⁴¹⁴.

Por sua vez, em *US-Reformulated Gasoline*, o Órgão de Apelação afirmou que nos termos do *caput* é mais relevante, para fins de avaliação

⁴¹³ “At this stage, the *manner of application* seeks justification”. (VOIGT, 2009, p. 228).

⁴¹⁴ “56. The Panel then considered whether or not the exclusion order was “applied in a manner which would constitute ... a disguised restriction on international trade”. The Panel noted that the Preamble of Article XX made it clear that it was the application of the measure and not the measure itself that needed to be examined. Notice of the exclusion order was published in the Federal Register and the order was enforced by the United States Customs at the border. The Panel also noted that the ITC Proceedings in this particular case were directed against the importation of automotive spring assemblies produced in violation of a valid United States patent and that, before an exclusion order could be issued under Section 337, both the validity of a patent and its infringement by a foreign manufacturer had to be clearly established. Furthermore, the exclusion order would not prohibit the importation of automotive spring assemblies produced by any producer outside the United States who had a licence from Kuhlman Corporation (Kuhlman) to produce these goods. Consequently, the Panel found that the exclusion order had not been applied in a manner which constituted a disguised restriction on international trade.” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/81spring.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2013. No mesmo sentido, verificar o relatório do painel *US-Gambling*, mais precisamente no parágrafo 339.

de compatibilidade com o sistema, a maneira pela qual as medidas são aplicadas do que seu conteúdo⁴¹⁵.

A mudança de perspectiva se operou na análise do caso *US-Shrimp/Turtle*, quando se sedimentou que a regra prevista no *caput* também pode analisar a substância, o conteúdo das medidas⁴¹⁶.

Tem-se, portanto, uma dupla função. Tanto se analisa se estas se constituem uma discriminação injustificada ou arbitrária ao comércio internacional de bens e, portanto, uma restrição disfarçada, do ponto de vista prático – vale dizer, se a autoridade interna executora da medida é que faz alguma distinção no momento de sua aplicação – quanto do ponto de vista teórico, ou seja, se a medida em si possui traços de discriminação arbitrária ou injustificada.

Justamente esses conceitos e os critérios que podem ser aplicados para identificá-los é que serão objeto de análise nos subitens da sequência, a fim de clarificar o que se pode entender por discriminação arbitrária ou injustificada⁴¹⁷, salientando-se de antemão, a dificuldade extrema de estabelecer limites estanques entre ambos.

⁴¹⁵ “The chapeau by its express terms addresses, not so much the questioned measure or its specific contents as such, but rather the manner in which that measure is applied”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2013.

⁴¹⁶ “We note, preliminarily, that the application of a measure may be characterized as amounting to an abuse or misuse of an exception of Article XX not only when the detailed operating provisions of the measure prescribe the arbitrary or unjustifiable activity, but also where a measure, otherwise fair and just on its face, is actually applied in an arbitrary or unjustifiable manner. The standards of the chapeau, in our view, project both substantive and procedural requirements.” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2013.

⁴¹⁷ Importante destacar, nessa toada, o entendimento adotado pelo presente estudo no que tange a quais elementos do *caput* devem ser objeto de análise criteriosa. Da leitura do dispositivo, percebe-se que se destacam quatro núcleos relevantes: discriminação arbitrária; discriminação injustificada; restrição disfarçada ao comércio internacional; países onde existam as mesmas condições. Acolhe-se a posição abalizada de Erich Vranes (2009, p. 282), para quem é desnecessário analisar quando uma medida consistirá em uma restrição disfarçada, haja vista que, pelo teor dos dispositivos, esta somente poderá sê-la se for uma discriminação arbitrária ou injustificada. Com efeito, afirma o *utor* que “[w]hile the criterion of disguised restriction was not adressed by the Appellate Body in *US-Shrimp* for reasons of judicial economy, its ruling in *US-Reformulated Gasoline* relied on the *same* reasoning for the findings of unjustifiable discrimination. Hence, it is sufficient to refer to the foregoing

4.2.1 Discriminação Arbitrária

Muito embora a jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias não forneça, de forma clara e objetiva, uma descrição do que se pode entender por discriminação arbitrária ao comércio internacional de bens, da detida análise de sua prática se pode inferir dois aspectos que dão contornos ao conceito.

O primeiro deles depõe no sentido que a medida arbitrária está diretamente relacionada com a existência de uma violação ao devido processo legal, no sentido que o Estado que impõe a medida veda aos demais o direito de exercerem garantias decorrentes do ordenamento jurídico do comércio internacional (bem como outras normas de Direito Internacional Público) em defesa da legalidade de suas exportações.

Essa constatação exsurge do caso *US-Shrimp*, no qual uma das medidas questionadas era o modo de certificação das políticas regulatórias dos países afetados pela restrição da importação de camarões pelos Estados Unidos da América, conhecido como Seção 609.

analysis of the criterion of ‘injustifiable discrimination’”. Dessa forma, eis que o conceito é umbilicalmente ligado aos outros dois, entende-se que da avaliação da característica somente haverá duas possibilidades: (i) a medida representa uma discriminação arbitrária e/ou injustificada e, por conseguinte, a restrição é disfarçada; (ii) a medida não é arbitrária ou injustificada, de sorte que a restrição é legítima. Inócuo, pois, o núcleo. Por não trazer critérios de análise autônomos, deixa-se de analisá-lo. Não se olvida o presente estudo, todavia, do entendimento externado pelo Órgão de Apelação quando do julgamento do caso *EC-Asbestos*, no qual se salientou que tal núcleo impunha a análise da intenção de discriminar, remetendo a certo *animus* do Estado em fazer uma diferenciação, em uma espécie de caracterização de dolo. Entende-se, todavia, que mesmo tal análise está abarcada pelas outras duas, haja vista que o aspecto objetivo – existência da discriminação arbitrária ou injustificada – é suficiente para afastar a legitimidade da política, de modo a prescindir da aferição da existência de elemento volitivo. O mesmo raciocínio se aplica ao outro núcleo que aqui se deixa de analisar, qual seja, a existência de mesmas condições nos países que instituem e combatem a medida. Isso porque tal análise é eminentemente prática, de sorte que ao avaliar se uma política é ou não discriminatória ou injustificada, a verificação das condições de cada Estado evidentemente deve integrar a análise, sob pena de carecer de uma apreciação adequada. Em outras palavras, a aferição das mesmas condições integra os critérios de avaliação de cada medida, de modo que é despidendo proceder a uma ulterior e autônoma análise. Para uma análise crítica desse conceito, indica-se a leitura de Gaines (2001).

Neste processo, caso a política regulatória dos Estados não ultrapassasse a primeira etapa do processo de certificação, realizado unilateralmente pela autoridade norte-americana designada para tanto, não havia possibilidade de apresentação de defesa escrita ou de qualquer questionamento no âmbito administrativo que conferisse ao Estado exportador meios de exercer ampla defesa e contraditório, a fim de defender a regularidade de sua política regulatória e seu enquadramento nos limites das normas propostas.

Por outro lado, àqueles que ultrapassavam essa primeira etapa de certificação eram deferidos prazos para demonstrarem em que medida suas políticas regulatórias eram tão eficientes quanto a exigida pela restrição imposta pelos Estados Unidos da América.

No entendimento do painel, essa medida, ao restringir o direito de acesso a mercados, exigiria a existência efetiva de um devido processo legal a todos, para viabilizar ao Estado que se julga prejudicado o acesso à informação, de forma transparente, sobre quais as razões que levaram a ser atingido pela restrição, permitindo seu questionamento junto à autoridade competente pelas vias processuais cabíveis.

Essa obrigação, no entendimento do Órgão de Apelação, decorria do disposto no Artigo X:3 do GATT 1994, o qual estabelece mínimos padrões de transparência e igualdade processual na utilização de regulamentos comerciais⁴¹⁸.

Por essas razões, conclui-se, juntamente com Erich Vranes (2009), que o conceito de arbitrariedade aplicado pelo OSC da OMC possui um primeiro aspecto que consiste em analisar se a medida restritiva permite, ou não, o exercício da garantia do devido processo legal a todos os Estados envolvidos, e possibilita a estes exercerem seu direito ao contraditório com equidade processual e duplo grau de jurisdição, além de dar acesso, com transparência, às decisões.

Com efeito, esse é o entendimento do mencionado Autor:

Sob esse critério do *caput*, o Órgão de Apelação introduziu exigências relacionadas ao *due process*, especificando que uma medida comercial deve permitir especialmente a possibilidade formal de um Estado supostamente prejudicado ser ouvido, e deve compreender defesa formal, por escrito,

⁴¹⁸ Recomenda-se a leitura integral dos parágrafos 177 a 186 do relatório, ressaltando-se que os de nº 181, 183 e 186 possuem conteúdo mais relevante para o presente estudo.

decisões fundamentadas e procedimentos de revisão⁴¹⁹.

Portanto, é de se ter por assente que a arbitrariedade de uma medida, por um prisma, guarda relação com o modo de sua aplicação prática, com um viés notadamente processual, preservando garantias fundamentais dos Estados afetados.

Ao julgar o caso *Brazil-Retreated Tyres*, o Órgão de Apelação reafirmou essa orientação ao se utilizar de uma definição literal do termo “arbitrário” para sua tomada de decisão. Com efeito, foi utilizada uma definição do dicionário “*The Shorter Oxford English Dictionary*” para discernir os termos, na tentativa de construir um conceito mais cartesiano.

A definição de arbitrário encontrada pelo Painel, a qual foi mantida pelo Órgão de Apelação, assim, foi a seguinte:

Arbitrário 1. Dependente da vontade ou prazer. 2. Baseado em mera opinião ou preferência, em oposição à real natureza das coisas; caprichoso, imprevisível, inconsistente. 3. Não reprimido no exercício da vontade ou autoridade; despótico, tirânico⁴²⁰.

Evidentemente, dentre as definições encontradas pelo Órgão de Apelação da OMC, a que mais se enquadra ao contexto é a de número

⁴¹⁹ “Arbitrary Discrimination. Under this second chapeau criterion, the Appellate Body has introduced requirements of due process, specifying that a trade measure must allow specially for the formal possibility of applicant countries to be heard, and must comprise formal written, reasoned decisions and procedures of review. It did so, pointing out that the requirements imposed in Article X:3 of the GATT for GATT-consistent measures must a fortiori be complied with by exceptional measures that have to be justified under Article XX.” (VRANES, 2009, p.281).

⁴²⁰ “The *Brazil –Retreated Tyres* Panel resorted to a dictionary to distinguish ‘arbitrary’ from ‘unjustifiable’ discrimination. It began by referring to *The Shorter Oxford English Dictionary* to discern the ordinary meaning of these terms: ‘arbitrary 1. Dependent on will or pleasure; 2. Based on mere opinion or preference as opposite to the real nature of things; capricious, unpredictable, inconsistent; 3. Unrestrained in the exercise of will or authority; despotic, tyrannical’ [...] The Appellate Body did not reverse the Panel’s conclusions that these definitions should guide interpretation of Article’s XX chapeau. [...] (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 344).

dois. Dessa forma, encaixa-se perfeitamente com o que restou definido quando do julgamento do caso *US-Shrimp/Turtle*, no sentido de que para que uma decisão não seja arbitrária, ela deve ser embasada em critérios objetivos, cujo adimplemento é assegurado por meio do devido processo legal e da transparência, tanto do modo de atuação da política adotada como dos meios recursais disponíveis para que o Estado que se sente prejudicado a questione – administrativa ou judicialmente.

Importante destacar que no caso *Brazil-Retreated Tyres* a medida adotada, embora fizesse distinção entre os países do Mercosul e os demais – permitindo a importação de pneus usados por aqueles mas não por estes – esta foi tomada em estrito cumprimento a um dever decorrente de decisão do Tribunal do Mercosul, razão pela qual a discriminação não foi voluntária, mas compulsória⁴²¹.

Pelo fato de a medida não ter sido adotada de forma deliberada pelo Brasil, esta não foi considerada arbitrária. Dessa forma, revela-se outra variante, desta vez subjetiva: para que uma medida seja considerada arbitrária (tanto por seu conteúdo quanto por seu modo de aplicação), esta deverá ser adotada pelo Estado de forma voluntária, revelando a intenção deste de promover uma diferenciação entre os países sujeitos à medida.

Por conseguinte, tem-se que a medida em questão, para não ser considerada arbitrária, deve, além de possibilitar o exercício de ampla defesa e contraditório de forma indistinta aos Estados a ela sujeitos, qualquer distinção que haja deverá ser compulsória.

O segundo aspecto abarcado pelo conceito de arbitrário se verifica também do caso *US-Shrimp/Turtle*. Ao estabelecer um rígido padrão de comportamento como o único aceito (a política regulatória de utilização dos sistemas de proteção às tartarugas deveriam ser idênticas às norte-americanas), considerou-se que os Estados Unidos da América falharam no dever de levar em conta as condições distintas que os diversos Estados possuem, revelando traços de arbitrariedade.

Isso por duas razões. A uma, pois não se considerou que a adoção exatamente do mesmo programa de proteção às tartarugas poderia não se adequar à realidade de determinados Estados. A duas, porque não se levou em conta a eventual inviabilidade (econômica, tecnológica) de

⁴²¹ Using the definitions above, the Panel declared that the exception for the importation of retreated tires from MERCOSUR members did not constitute arbitrary discrimination because the exception resulted from the decision of a MERCOSUR Tribunal; Brazil's exception was not capricious." (WORLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 344).

alguns Estados adotarem o mesmo programa, não obstante pudessem adotar outro de eficácia similar.

A total falta de flexibilidade e sensibilidade quanto às diferentes condições presentes nos Estados sujeitos à medida, portanto, foi um fator determinante para que esta fosse considerada como arbitrária⁴²². Nesse sentido, considerou o Órgão de Apelação, ao julgar o recurso interposto pela Malásia, que “uma medida deve ser desenhada de tal maneira que comporte flexibilidade suficiente para levar em consideração as condições existentes em qualquer Membro exportador”.

Na perspectiva de Bernasconi-Osterwalder (2006), essa consideração é particularmente relevante eis que permite compatibilizar as constantes evoluções do cenário ambiental com a medida comercial, de modo a evitar soluções estanques que não compreendam a dinamicidade ínsita ao sistema⁴²³.

Não se trata de definir padrões distintos de proteção ambiental, mas permitir que os Estados sejam livres para atingir os resultados protetivos que a política do país importador almeja, tendo em vista suas próprias particularidades. Dessa forma, uma medida jamais será excessivamente vinculante se deixar o Estado livre para atingir o resultado da maneira que lhe convier. Essa, pois, a essência do segundo elemento.

Dessa forma, da prática jurisprudencial do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, pode-se extrair que para uma medida ultrapassar o teste da arbitrariedade e se tornar compatível com as garantias fornecidas aos Estados pelo sistema multilateral do comércio, ela deve: (i) ser aplicável de forma indistinta a todos, salvo se por razão alheia à vontade própria do Estado; (ii) ser transparente quanto aos métodos de aplicação e os meios de tomada de decisão; (iii) garantir o

⁴²² Relatório do Órgão de Apelação, § 177. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2013.

⁴²³ “Concerning flexibility, a final point debated in *US-Shrimp/Turtle 21.5* was whether or not the importing country was under an obligation to account for the specific conditions in every individual exporting Member. The Appellate Body disagreed with Malaysia and observed that ‘a measure should be designed in such a manner that there is sufficient flexibility to take into account the specific conditions prevailing in *any* exporting member, including, of course, Malaysia. This conclusion introduces a measure of realism, as it is hardly feasible for any country to anticipate and provide explicitly for the changing conditions in other countries. It also underscores the need for flexibility to accommodate differing and evolving circumstances.” (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2006, p. 85).

exercício da ampla defesa e contraditório com todos os recursos a eles inerentes, em aplicação ao princípio do *due process of law*; (iv) ser flexível nos meios exigidos para se atingir as finalidades (objetivas), de modo a prezar pelos resultados e não pelos mecanismos utilizados por cada exportador para atingi-los.

4.2.2 Discriminação Injustificada

Ao passo que a jurisprudência da OMC confere, de forma mais clara, alguns parâmetros para o que se pode entender por discriminação arbitrária, o mesmo não ocorre para o conceito de discriminação injustificada.

À justificação de uma medida unilateral foi dada uma tônica diferente nos casos em que foi avaliada a fundo tanto no âmbito dos painéis como do Órgão de Apelação, de modo que em cada um deles, ao mesmo tempo em que se observou um refinamento dos conceitos, pode-se também verificar o crescimento da casuística e volatilidade dos critérios postos em análise⁴²⁴.

Das decisões dos mencionados órgãos pode-se extrair, consoante se verificará, três aspectos relevantes para considerar uma medida como injustificada: (i) avaliar se o Estado demonstrou a intenção de encontrar um denominador comum com os demais Países que serão afetados – o que é um aspecto polêmico; (ii) a possibilidade de adotar uma outra medida, que ofereça o mesmo grau de proteção, mas seja menos restritiva ao comércio internacional de bens; (iii) a possibilidade real de o Estado afetado adotar tal medida alternativa.⁴²⁵

Nesse sentido, tanto em *US-Reformulated Gasoline* quanto em *US-Shrimp/Turtle* entendeu-se que para se chegar à conclusão que uma medida é injustificada se deve investigar a existência de uma medida alternativa de ação e se esta alternativa é viável ao País considerado. Todavia, ambas tiveram abordagens diversas ao proceder ao exame.

⁴²⁴ Nesse sentido são as colocações de Erich Vranes (2009, p. 279), para quem “[t]he Appellate Body has used a range of indicators for determining whether discrimination in ‘unjustifiable’ for the purposes of the chapeau”.

⁴²⁵ Não por acaso esse critério se assemelha, em muito, àquele da necessidade, já trabalhado de forma exaustiva quando da análise das exceções do Artigo XX(g). Para apontamentos relevantes sobre essa similaridade e de que forma a aplicação prática do *caput* do Artigo XX do GATT tem aproximado as normas das alíneas (b) e (g), recomenda-se a leitura de Vranes (2009, p. 282), no tópico “Postscript: Approximation of Article XX(g) and Article XX(b) and (d)”. Além disso, importantíssima sobre o tema a obra de Fontanelli (2013).

Na primeira delas se salientou que tal medida alternativa seria o resultado de esforços empreendidos pelo país que introduziu a medida para buscar a cooperação dos produtores estrangeiros e governos, a fim de encontrar um ponto em que se chegasse a um comum acordo⁴²⁶.

Em uma primeira análise, pode-se verificar que o Órgão de Apelação afirmara a existência de uma obrigação de cooperar com os Estados atingidos pela medida, a fim de encontrar um denominador comum que fosse menos invasivo ao sistema multilateral do comércio internacional⁴²⁷.

É deste ponto, comum aos julgamentos, que se extrai dois aspectos já antevistos e relevantes para a caracterização do que se poderia entender por uma medida justificada, nos termos do *caput*: (i) um Estado deve se esforçar para cooperar no sentido de buscar um acordo bi ou multilateral que evite a adoção da medida unilateralmente; (ii) essa medida encontrada de comum acordo entre os Estados deve ser a menos restritiva possível ao comércio internacional de bens.

No segundo julgamento em apreço, o Órgão de Apelação também seguiu a mesma linha e a desenvolveu, afirmando que a promoção do propósito (no caso, a preservação das tartarugas marinhas) “demandava esforços conjuntos e cooperativos”.

⁴²⁶ “From this statement, there arises a strong implication, it appears to the Appellate Body, that the United States had not pursued the possibility of entering into cooperative arrangements with the governments of Venezuela and Brazil or, if it had, not to the point where it encountered governments that were unwilling to cooperate. The record of this case sets out the detailed justifications put forward by the United States. But it does not reveal what, if any, efforts had been taken by the United States to enter into appropriate procedures in cooperation with the governments of Venezuela and Brazil so as to mitigate the administrative problems pleaded by the United States [...] For the reasons set out in the preceding sections of this report, the Appellate Body has reached the following conclusions: the baseline establishment rules contained in Part 80 of Title 40 of the Code of Federal Regulations fail to meet the requirements of the chapeau of Article XX of the General Agreement, and accordingly are not justified under Article XX of the General Agreement”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf>. Acesso em 10 abr. 2013

⁴²⁷ Essa é a visão adotada por Sanford Gaines, no artigo intitulado “The WTO’s Reading of GATT Article XX Chapeau, a Disguised Restriction on Environmental Measures”. Em sentido contrário, veja-se a posição de Howse (2002).

No que toca a este suposto dever de cooperar, deve-se salientar que há uma sensível divergência na doutrina. Para determinados autores, como Sanford Gaines (2001), Nico Schrijver (2008a) e Christina Voigt (2009), os precedentes instituíram esta obrigatoriedade de negociar para que uma medida seja considerada justificada.

Para outros, como Robert Howse (2002) e Erich Vranes (2009), todavia, os julgamentos não impuseram aos Estados um dever de cooperação para encontrar uma medida consensual, no sentido de considerar como injustificada uma medida caso não tenha havido uma tentativa de cooperar. Entende essa corrente que a interpretação dada foi um desdobramento do princípio internacional da boa-fé nos casos concretos, e se constituiu mais em uma constatação do que em uma imposição⁴²⁸.

Afirmam estes, em outras palavras, que tais colocações foram utilizadas como argumento subsidiário, para demonstrar que, além das razões pelas quais a medida não se justifica, sequer houve a tentativa de negociar destinada a evitar o abuso de direitos no campo internacional⁴²⁹.

⁴²⁸ Howse (2002), em particular, ressalta que “[h]ad the AB intended to read into the chapeau a self-standing duty to negotiate seriously, it would have given some guidance as to the extent of the duty and its relationship to a corresponding duty of good faith on those countries who are invited into negotiation. After all, the duty of cooperation to solve international environmental problems that is found in the international environmental instruments that the AB cited is a duty on the part of all states who are affecting the commons problem at issue. Thus, the duty to cooperate to solve international environmental problems can be understood not only as a discipline on the country contemplating unilateralism; it also can be regarded as a possible justification for unilateral measures. That is, unilateral measures can be imposed if a country refuses to negotiate in good faith towards a cooperative solution to a commons problem. But since the AB was not reading a self-standing duty to negotiate into the chapeau, it did not need to expand on these complexities. The U.S. was required to negotiate seriously with the complainants exactly to the extent it had already negotiated with the western hemisphere countries, no more and no less. Given the confusion on this point, it bears repeating: The ‘unjustified discrimination’ was not the failure to negotiate as such, but the failure to treat the complainants as well as the U.S. had treated the western hemisphere countries.”

⁴²⁹ Com efeito, em Vranes “[t]he *Shrimp* ruling further stressed that the US measure at issue were unjustifiable, because they constituted a country-wide import ban, whereas import prohibitions on certain types of products would have been suficiente for the policy goal pursued by the US. Moreover, it held that the promotion of the legitimate purpose in this case ‘demands concerted

Tanto uns quanto outros, todavia, estão de acordo no ponto que cooperação é um dos elementos componentes do conceito do desenvolvimento sustentável e encontra azo em uma série de tratados e acordos multilaterais, também o justifica a existência de um dever de cooperar mencionado – embora para uns este decorra da norma inserta no *caput* e para outros decorra de uma obrigação de Direito Internacional Público aplicável ao caso concreto.

Abstraindo-se de aprofundar tal discussão, a qual apenas tangencia o objeto do presente estudo, fato é que os julgamentos desses casos representaram um incentivo à harmonização internacional por meio da celebração de tratados sobre a mesma determinada matéria, num claro indicativo que, se uma medida restritiva for adotada em adimplemento a uma norma multilateral, dificilmente encontrará dificuldade em superar o teste do *caput*⁴³⁰.

É justamente esse o entendimento que adota o presente estudo, por diversas razões. Ora, se um tratado multilateral em que são signatários a larga maioria da comunidade internacional⁴³¹ definir como aceitáveis determinados padrões de comportamento no que tange à utilização de um bem ambiental, uma restrição comercial que tome por base tais padrões não poderá ser considerada injustificada pelo critério do *caput* do Artigo XX do GATT.

Isso por que a própria comunidade internacional, depois de diversas pesquisas e estudos, negociou e entrou em consenso ao optar por obrigar-se ao adimplemento de norma de caráter vinculante, na qual se estabeleceu como razoável e adequada à proteção de determinado bem sua utilização de determinada maneira.

Será, portanto, difícil concluir que há outra medida alternativa aplicável ao caso que ofereça o mesmo grau de proteção e seja menos

and cooperative efforts'. [...] The finding that the pursuit of a 'transnational' policy goal, in the nature of things, demands a cooperative approach can be regarded as a finding of lack of suitability'. (Op. cit., p. 280).

⁴³⁰ “Finally, it should be stressed that the Appellate Body’s insistence on the alternative of cooperative efforts introduces an incentive for international harmonization and, indirectly, for recognition of foreign standards. This priority of harmonization and recognition vis à vis unilateral action can be seen as an emanation of the concepts of necessity and suitability as well”. (VRANES, 2009, p. 281).

⁴³¹ Como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima e o Protocolo de Quioto; a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e o Protocolo de Montreal; a Convenção da Diversidade Biológica e o Protocolo de Cartagena, para citar apenas alguns.

restritiva ao comércio internacional, bem como impossível afirmar que houve falha em um suposto dever de cooperação internacional com outros Estados para o encontro de uma solução amigável.

Não se vislumbra, pois, maiores dificuldades em encontrar justificativa em uma medida restritiva ao comércio internacional quando esta se fundar em padrão protetivo previsto em tratado multilateral sobre a matéria – ainda que um dos Estados afetados não seja parte deste – o que é exatamente o caso discutido no presente estudo⁴³².

O problema nasce, dentro dessa abordagem, quando não há regulação internacional (norma) sobre a matéria⁴³³. Nestes casos, faz-se necessária uma avaliação mais profunda e criteriosa, para a qual a jurisprudência da OMC ainda não se debruçou a fundo de forma suficiente a definir critérios objetivos.

Com efeito, salienta Erich Vranes (2009) que, à míngua de um critério claro e definido para se aferir se o objetivo perseguido é comum, se a medida alternativa oferece um similar grau de protetividade e, ainda, se esta é ou não menos restritiva ao comércio internacional de bens, é aplicado pelo Órgão de Apelação, às vezes de forma indistinta e indiscriminada, o teste da necessidade utilizado no Art. XX(b) do GATT⁴³⁴.

⁴³² Há uma séria controvérsia acerca da oposição de um tratado internacional a um País que dele não seja parte, haja vista que tal norma de direito internacional público apenas vincula, a rigor, seus contraentes, nos termos do art. 34 e seguintes da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Christina Voigt, não obstante, e com azo no artigo 38 da mesma Convenção, bem como no entendimento de que o desenvolvimento sustentável é uma norma de Direito Internacional costumeiro, entende que, por força da atuação do princípio, é possível a oposição a um terceiro Estado das regras de um tratado, firmado pela larga maioria da comunidade internacional, destinado à proteção de um bem ambiental tão relevante quanto o sistema climático. Para maiores digressões sobre a questão, recomenda-se avidamente a leitura de Voigt (2009).

⁴³³ Uma vez que no presente caso se está a tratar da utilização do Artigo XX(b) e (g) para a imposição de restrições unilaterais ao comércio internacional fundadas em um acordo ambiental multilateral do qual são signatários a larga maioria da comunidade internacional, não será aprofundada esta hipótese. Basta, para os modestos limites do presente estudo, indicar três bibliografias abalizadas sobre a temática: Wold, Gaines e Block (2011); Vranes (2009) e Fontanelli (2013).

⁴³⁴ “It is submitted that the reasoning advanced in these cases can once more essentially be broken down to considerations of suitability and necessity. As for multilateral cooperation efforts, it appears obvious that the Appellate Body’s focus on an ‘alternative course of action’, which can be deemed ‘available’

Todavia, a tendência do Órgão de Apelação é a de se posicionar de forma extremamente reticente a iniciativas que visem apenas à proteção ambiental ou da saúde animal, e de forma mais acolhedora com aquelas medidas que se destinem à proteção da saúde humana – o que revela uma abordagem antropocêntrica⁴³⁵.

Esse entendimento autorizou Filippo Fontanelli, em recente e brilhante artigo no qual se debruçou sobre a temática, a afirmar que “a necessidade matou o Artigo XX do GATT”. Isso porque o teste dos “pesos e contrapesos” aliado à forma como é aplicada a regra da “medida menos restritiva” quando o objeto a ser protegido é exclusivamente ambiental, acabou por praticamente inviabilizar a

taking into account administrative burden, in fact restates the necessity test which is normally conducted under Article XX(b) and which inquires in similar terms into whether an alternative measure is ‘reasonably available’. The same holds true for the condemnation of country-wide import bans in cases where product-specific import prohibitions appear equally effective (suitable) and less restrictive (unnecessary). Finally, the finding that the pursuit of a ‘transnational’ policy goal, in the nature of things, demands a cooperative approach can be regarded as a finding of lack of suitability.” (VRANES, 2009, p. 280).

⁴³⁵ “When the Value is human health, the ‘zero risk’ (or ‘maximum possible enhancement’) level of protection can be accepted (see *Asbestos, Brazil – Tyres*), whereas in connection with other Values it is routinely toned down by the AB (see *Korea – Beef, Dominican Republic – Cigarettes, Apples I and Apples II*). More generally, it is not unheard of that adjudicators, when ascertaining whether the less-restrictive alternative can meet the level of protection of the original measure, lower the ‘appropriate level of protection’ predetermined by the State, so as to make the alternative eligible. When the Value is health protection, at least in one case it was acceptable to evaluate the contribution of the measure ‘qualitatively,’ prospectively, and cumulatively with other policy measures (*Brazil – Tyres*). This opening was unprecedented, and was somehow shut down when, dealing with the policy objective of public morals, the AB required again that the measure be evaluated relying on objective evidence of the actual contribution (*China – Audiovisuals*). Likewise, the qualitative approach of *Tyres* fits into the habit of relaxing the scientific boundaries of the assessment of health-related protection. In a similar vein, see how the AB held in *EC – Hormones* and *Asbestos* that governments are not obliged to base their health policies on the mainstream scientific opinion, as long as the minority views that they espouse come from ‘qualified and respected sources’”. (FONTANELLI, 2013, p. 54-55).

consideração que uma medida dessa natureza possa ser justificada no âmbito do *caput* da norma em apreço⁴³⁶.

Dessa maneira, no que toca aos critérios da justificação, há se concluir, com base nos precedentes bem como na farta opinião doutrinária, que será justificada uma medida quando esta atender a alguns critérios, cujos contornos, infelizmente, ainda não estão bastante definidos.

O primeiro deles, assim, é subjetivo, consistente na intenção do Estado de buscar uma negociação multilateral amigável e de forma equânime com todos os Países que, mesmo potencialmente, serão afetados com a medida. Deste ponto exsurtem duas possibilidades: (i) ou um acordo é atingido e haverá regulamentação internacional sobre o tema, (ii) ou não.

No primeiro caso, entende-se, com esopeque, sobretudo, na doutrina de Christina Voigt, bem como no fato de não haver qualquer demanda no âmbito da OMC buscando combater uma medida unilateral adotada em estrito cumprimento a uma norma multilateral ambiental, ser plenamente justificável a exigência, por um Estado, de um padrão de comportamento (protetivo) previsto por uma norma internacional.

No segundo caso, deverá se adentrar ao volátil teste na necessidade, marcado pela análise da existência de uma medida

⁴³⁶ “The LTRM test, being narrowly devoted to ensure Pareto optimization, fails to represent an open and flexible test for the evaluation of policies, therefore it is understandable that some deal of reasonableness and good governance finds its way in the reasoning of the Panels and AB. However, the haphazard accumulation of redundant and wearisome tests related to the necessity requirement of art XX(a) (b) and (d) GATT does not seem the optimal way to ensure that a bit of reasonableness underpins the Reports of the Dispute Settlement Body. As things stand now, Panels and AB are more likely to appear activist rather than reasonable when they soften the LTRM test: maybe it is time to dust the WAB and start embracing, very cautiously, a bit of proportionality *proprement dite*. In sum, it is fair to note that the mandate of WTO quasi-judicial bodies is such that no real proportionality can control the outcome of a case. This is visible in the truncated WAB (where the first factor is never really weighed), and in the obstinate use of the LTRM. There is some subterranean ‘constitutional’ trend, traceable in a ‘loose’ use of the LTRM and the statistical evidence showing that certain values and ‘more Values’ than the others.” (FONTANELLI, 2013, p. 56). A importância de se aplicar um teste que contemple a regra da proporcionalidade (utilizando-se desta na acepção cunhada por Alexy, difundida no Brasil por Virgílio Afonso da Silva, mormente) também é sugerida por Erich Vranes (op. cit., p. 256 e ss.).

alternativa que ofereça igual grau de proteção ao bem perseguido e, concomitantemente, represente uma menor restritividade ao comércio internacional de bens. Para tanto, deverá se considerar, inclusive, a real possibilidade de o Estado afetado aplicar tal medida, com base em sua particular situação nacional – o que, em larga escala, pode representar um esvaziamento do instituto.

Em síntese, com base na pesquisa realizada, pode-se afirmar que são estes os últimos filtros oferecidos pelo *caput* a fim de aferir a compatibilidade/regularidade de uma restrição unilateral ambiental com o sistema multilateral do comércio internacional.

No item seguinte, verificar-se-á de que maneira uma barreira climática unilateral pode ser enquadrada dentro das regras das alíneas (b) e (g) do Artigo XX e por que razão seria capaz de ultrapassar os filtros do *caput*, sempre à luz das diretrizes dadas pelo princípio internacional do desenvolvimento sustentável.

4.3 BARREIRAS CLIMÁTICAS UNILATERAIS E SUA JUSTIFICAÇÃO POR MEIO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Consoante já salientado no capítulo 2 do presente estudo, o regramento internacional das mudanças climáticas estabeleceu uma obrigação de resultados, e não de meios, deixando os Estados livres para a adoção das medidas que julgarem necessárias ao atingimento dos objetivos e metas estabelecidos pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança no Clima, seu Anexo, e o Protocolo de Quioto.

Isso significa dizer que os países são livres para adotar políticas internas que se destinem ao adimplemento daquele acordo, desde que, evidentemente, estas medidas unilaterais não representem uma violação a outras obrigações de direito internacional público – como aquelas constantes no Tratado da OMC e nos acordos do GATT.

É este o grande dilema que o presente estudo buscou enfrentar, haja vista a ampla gama de pontos de contato que podem existir entre as medidas unilaterais adotadas por um Estado para a proteção do sistema climático e suas obrigações correlatas, no âmbito do sistema OMC/GATT.

Até o momento em que se redige, não se encontra instaurado nenhum litígio junto ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC que vise a solucionar uma controvérsia dessa natureza, o que não permite o estudo de um caso concreto. Isso, todavia, não inviabiliza a análise, ainda que *in abstracto* e hipoteticamente, da compatibilidade de

iniciativas existentes ou futuras que possam o potencial de gerar uma controvérsia dessa natureza.

Atualmente, a União Europeia já adotou algumas medidas internas voltadas à proteção do sistema climático, por meio da limitação à liberdade de circulação de determinados produtos dentro do mercado comum europeu⁴³⁷. Estas consistem, consoante salienta Erich Vranes (2009), em cinco modalidades diferentes:

- (1) Requisitos de concepção ecológica para produtos que consomem energia;
- (2) Rotulagem voluntária do ciclo de vida;
- (3) Acordos voluntários com a indústria;
- (4) Rotulagem obrigatória da emissão de CO₂;
- (5) Medidas fiscais para o setor automobilístico (incentivos e diferenciação tarifária com base na emissão de CO₂ e isenções fiscais para os biocombustíveis)⁴³⁸.

⁴³⁷ Dentre estas, destacam-se: **Diretiva Comunitária 92/75/CEE - Rotulagem Energética**. Estabelece o quadro legal da rotulagem energética no espaço europeu; **Diretiva Comunitária 2001/77/CE – Eletricidade**. Relativa à promoção da energia elétrica obtida por fontes de energia renováveis. **Diretiva Comunitária 2003/96/CE – Biocombustíveis**. Para a promoção da utilização do biocombustível, que estabelece como meta a substituição até 2010, de 5,75% dos combustíveis rodoviários (gasóleo e gasolina) por biocombustíveis; **Diretiva Comunitária 2002/91/CE - Certificação Energética de Edifícios**. Impõe aos estados-membros a emissão de Certificados Energéticos a Edifícios para as diversas situações de transação e remodelação de edifícios de habitação, bem como para todos os edifícios de serviços com mais de 1.000 m²; **Diretiva Comunitária 2005/32/CE – Concepção Ecológica dos Produtos que Consumem Energia**. Define os requisitos de concepção ecológica dos produtos que consomem energia e que altera as Diretivas 92/42/CEE do Conselho e 96/57/CE e 2000/55/ /CE do Parlamento Europeu e do Conselho. A concepção ecológica dos produtos constitui um elemento essencial da estratégia comunitária para a política integrada dos produtos. Sendo uma abordagem preventiva, que visa otimizar na fonte o desempenho ambiental dos produtos, ao mesmo tempo que conserva as respectivas características funcionais, apresenta novas efetivas oportunidades para o fabricante, o consumidor e a sociedade em geral.

⁴³⁸ “(1) ecodesign requirements for energy-using products; (2) voluntary life-cycle labelling; (3) voluntary agreements with industry; (4) fiscal measures in the car sector (tax differentiation on the basis of CO₂ emissions, fiscal promotion of biofuels)” (VRANES, 2009, p.375).

A rotulagem ambiental é o instrumento mais utilizado pela comunidade internacional como instrumento de proteção do sistema climático⁴³⁹. Sua previsão no âmbito dos acordos GATT/OMC se encontra no Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), o qual transcende o objeto do presente estudo e, por essa razão, não será objeto de detida análise, não obstante a inebriante atualidade que o tema representa bem como sua crescente utilização no cenário internacional e mesmo brasileiro⁴⁴⁰.

Interessa ao presente estudo, de outro norte, os incentivos fiscais concedidos à determinados produtos e/ou serviços, em função da maior ou menor contribuição destes à proteção do sistema climático em razão da quantidade de emissão de CO₂ em sua utilização e/ou eliminação da cadeia produtiva.

Isso por duas razões. A uma, pois a introdução de uma diferenciação tarifária ou mesmo isenção fiscal à determinados produtos ambientalmente sustentáveis e que possuem a potencialidade de representar uma contribuição à manutenção da estabilidade do sistema

⁴³⁹ Para uma visão geral sobre as iniciativas dos diversos países do globo relacionadas com a rotulagem ambiental, veja-se o relatório produzido pelo governo da Suécia sobre a temática, o qual pode ser encontrado em: <[http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2004/rappor ter/report-climate-and-trade-rules.pdf](http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2004/rappor%20ter/report-climate-and-trade-rules.pdf)>. Acesso em: 5 maio 2013.

⁴⁴⁰ A rotulagem no Brasil se constitui um dos instrumentos da política nacional de mudança climática, enquadrável dentro do inciso XII do art. 6º da Lei 12.187/2009. Como exemplo de sua utilização, cite-se o Selo Combustível Social, o qual consiste em componente de identificação criado a partir do Decreto Nº 5.297, de 6 de dezembro de 2004, concedido pelo MDA ao produtor de biodiesel que cumpre os critérios descritos na Portaria nº 60 de 06 de setembro de 2012. O Selo confere ao seu possuidor o caráter de promotor de inclusão social dos agricultores familiares enquadrados Pronaf. A concessão do direito de uso do Selo Combustível Social permite ao produtor de biodiesel ter acesso as alíquotas de PIS/Pasep e Cofins com coeficientes de redução diferenciados para o biodiesel, que varia de acordo com a matéria prima adquirida e região da aquisição, incentivos comerciais e de financiamento. Como contrapartida destes benefícios o produtor assume algumas obrigações descritas na Portaria nº 60 de 06 de setembro de 2012, a destacar: a) adquirir um percentual mínimo de matéria prima dos agricultores familiares no ano de produção de biodiesel; b) celebrar previamente contratos de compra e venda de matérias primas com os agricultores familiares ou com suas cooperativas e com anuência de entidade representativa da agricultura familiar daquele município e/ou estado; c) assegurar capacitação e assistência técnica à esses agricultores familiares contratados; entre outras.

climático é uma medida unilateral que encontra amparo legal no âmbito do sistema internacional das mudanças climáticas, bem como se constitui em uma restrição ao comércio internacional de bens – e, portanto, enquadrável nas exceções do artigo XX do GATT, objeto do presente estudo.

Em segundo lugar, pois no presente momento é bastante assente no Brasil a discussão acerca dos meios de implantação da Política Nacional de Mudanças Climáticas (Lei 12.187/2009), a qual possui como um de seus mecanismos a adoção de medidas fiscais e tributárias destinadas a estimular a redução das emissões e remoção de gases de efeito estufa, incluindo alíquotas diferenciadas, isenções, compensações e incentivos, nos moldes do disposto no inciso VI do art. 6º.

A implementação de tais medidas não é uma novidade no Brasil. O Decreto nº 5.297/2004 previu a adoção de incentivos fiscais para a produção de biodiesel no território nacional, o qual foi alterado, recentemente, pelo Decreto 7.768/2012, para o fim de reduzir ainda mais a tributação incidente sobre tal combustível.

Ainda, há crescente discussão tanto no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo quanto no seio da sociedade civil acerca da concessão de incentivos ou mesmo isenção fiscal para veículos elétricos produzidos no território nacional e/ou importados⁴⁴¹.

Outra medida que se amolda ao caso sob exame é a limitação administrativa para a circulação de produtos e bens, no caso veículos automotores, em decorrência da quantidade de poluentes que emitem⁴⁴².

Medidas dessa natureza podem ser caracterizadas como barreiras climáticas ao comércio internacional de bens, haja vista representarem

⁴⁴¹ Cite-se como exemplo o Projeto de Lei nº 2092/2011, de autoria do deputado Irajá Abreu (PSD-TO), o qual visa incentivar a produção e utilização de veículos automotores elétricos (inclusive na frota oficial) por meio da isenção do imposto sobre produtos industrializados – IPI e das contribuições sociais PIS/PASEP e COFINS. Além disso, podem servir como exemplos o já citado Selo Combustível Social, que prevê redução de alíquotas para determinadas contribuições sociais, além da iniciativa dos governos dos estados do Maranhã, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Sergipe e Rio Grande do Sul de concederem isenção fiscal do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) bem como dos estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Mato Grosso do Sul no mesmo sentido, embora com redução de alíquotas, em vez de isenção fiscal.

⁴⁴² Exemplo é o PL 55/2008, em trâmite junto ao senado federal, que prevê a obrigatoriedade da redução do nível de emissão de poluentes para viabilizar a circulação de veículos automotores.

uma diferenciação entre determinados tipos de produtos⁴⁴³ com o objetivo de proteger o sistema climático.

Inexoravelmente, portanto, representam uma restrição à liberdade de acesso a mercados e, por conseguinte, haverá a necessidade de enquadrar tais medidas dentro das exceções previstas no artigo XX(b) e/ou (g) do GATT, dada sua natureza.

Este é o último desafio a que se propõe o presente estudo, qual seja, buscar enquadrar medidas unilaterais como a concessão de tratamento tributário diferenciado a automóveis e combustíveis que contribuam para os objetivos e metas de redução de emissão de gases do efeito estufa, nos moldes do regramento internacional das mudanças climáticas, como exceções gerais ao comércio internacional de bens.

Para tanto, serão utilizados os critérios que até o presente momento foram objeto de detida análise, com base na interpretação dada pelos dispositivos legais em comento pela jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

4.3.1 Enquadramento das barreiras climáticas nas alíneas (b) e (g) do art. XX do GATT

Viu-se de maneira pormenorizada ao longo dos itens 4.1.2 e 4.1.3 do presente capítulo quais os critérios para a qualificação de uma medida unilateral dentro das alíneas (b) e (g) do art. XX do GATT. Por essa razão, apenas faz-se necessário subsumir as medidas em questão – diferenciações tarifárias para veículos e combustíveis que contribuam à manutenção da estabilidade do sistema climático nos moldes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima e Protocolo de Quioto – às aludidas normas.

4.3.1.1 Artigo XX(b)

O primeiro critério exposto é a necessidade de comprovação do nexo entre a medida adotada e a proteção à saúde humana, animal ou vegetal. No caso em tela, isso nos remete à análise de dois fatores: (a) a existência da necessidade de redução das emissões de gases do efeito

⁴⁴³ No espaço desse estudo que, pela sua natureza, é restrito, não haverá possibilidade de discussão acerca do conceito de “*like products*” para fins de definição se um produto pode ser considerado similar a outro. Espera-se que, oportunamente, e em grau de doutoramento, seja possível ter a oportunidade de se debruçar sobre esses conceitos de uma forma mais adequada e abalizada.

estufa como modo de manutenção da vida na Terra; (b) a capacidade de a diferenciação tributária contribuir para a redução das emissões.

Quanto ao primeiro aspecto, basta salientar a ampla gama de estudos científicos realizados pelos Estados signatários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima, bem como pelos órgãos técnicos da aludida convenção para se ter a evidência científica necessária para autorizar a conclusão de que se faz necessário reduzir a quantidade de emissão de gases do efeito estufa para que a vida (animal, humana e vegetal) na Terra se mostre viável.

Do ponto de vista legal, tem-se que a larga maioria da comunidade internacional concordou, conforme o preâmbulo da Convenção em apreço, que “a mudança de clima da Terra e seus efeitos negativos são uma preocupação comum da humanidade” bem como que o crescimento de tais emissões pode “afetar negativamente os ecossistemas naturais e a humanidade”.

Logo, é difícil concluir que algum argumento que questionasse o fato de a redução de emissões de gases do efeito estufa ser necessária à manutenção das bases naturais que sustentam a vida na Terra pudesse encontrar algum acolhimento no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Quanto ao segundo aspecto, deve-se salientar que a diferenciação tarifária, seja pelo escalonamento de alíquotas em razão da quantidade de emissões de CO₂ (por combustíveis ou automóveis), seja pela isenção fiscal para produtos que não emitem gases, tem por objetivo final possibilitar à sociedade que adquira com maior facilidade esse tipo de bem, em detrimento daqueles que produzem e emitem maiores quantidades de gases do efeito estufa.

A aquisição em maior escala de um produto e não do outro, por conseguinte, representa a maior utilização daquele que contribui em maior escala para a estabilidade do sistema climático, de sorte que pode-se concluir que há uma significativa contribuição para a redução das emissões, aferível na exata proporção do incremento na aquisição dos produtos objetos da medida bem como de sua utilização pelo mercado consumidor. Preenchidos, portanto, os dois aspectos do primeiro critério.

Quanto à necessidade de se utilizar da medida para atingir a finalidade pretendida, segundo critério, a análise é um tanto mais complexa. Deve-se recordar que o presente estudo filia-se à corrente que entende, com fundamento no julgamento do caso *EC-Asbestos* e no subsequente, *Brazil-Retreated Tyres*, que se deve analisar se a medida adotada se presta ou não a contribuir para a proteção do bem jurídico em

questão, e não se há acerto ou desacerto de sua adoção por parte do Estado.

A partir dessa perspectiva, pois, verifica-se à toda evidência que uma medida dessa natureza, por acarretar na maior utilização de bens e produtos que contribuem para a redução das emissões de gases do efeito estufa, contribui para a manutenção do sistema climático.

Ainda com fundamento no precedente citado, tem-se que a adoção de tal medida é um direito do Estado membro e deve, para seu exercício ser considerado regular nos termos da alínea (b) do artigo XX, verificar-se (i) a relevância do bem jurídico tutelado, (ii) seu potencial para dar vazão à política pública adotada e, assim, também a (iii) contribuição efetiva desta para a significativa melhora da qualidade daquele.

A relevância do sistema climático para a manutenção da vida na Terra é incontestável, eis que preocupação comum da humanidade. Se o objetivo da política pública é a redução das emissões de gases do efeito estufa em adimplemento às obrigações contraídas no seio de uma norma de Direito Internacional Público e de uma norma de direito interno adotada para dar vazão àquela, e se o aumento do uso de produtos que contribuem para a finalidade representa, de forma indiscutível, a redução das emissões, é evidente que a medida possui potencial para dar vazão à política pública em questão.

Quanto à contribuição efetiva desta para a melhora da qualidade do sistema climático, algumas ponderações se fazem necessárias. A mudança climática é uma questão global, muito embora se possa aferir de forma mais sensível em algumas localidades que em outras. Fato é que, ao se considerar a efetiva contribuição da medida para a melhora da qualidade do bem ambiental, um parâmetro deverá ser utilizado.

Entende-se nessa senda, que o parâmetro mais adequado para possibilitar essa constatação é a qualidade do ar atmosférico dentro do território do país que adota a referida medida. Isso por que se mostra absolutamente fora da razoabilidade exigir que a medida adotada por um único Estado represente uma melhora significativa da qualidade do bem ambiental no âmbito global, por diversas razões, das quais se elenca apenas algumas, mais evidentes, sem pretensão de ser exaustivo.

A uma, pois a responsabilidade pela sua conservação e manutenção é de todos os membros da comunidade internacional, consoante reconhecido quando da assinatura da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas. A duas, pois os países possuem responsabilidades comuns, mas diferenciadas, de sorte que não se pode exigir o todo de apenas um deles. Em terceiro lugar, porque

seria possível, por meio de um cálculo proporcional com base no número de habitantes e na melhora obtida dentro do território nacional, o quanto esta representaria se fosse adotada por todos os membros da comunidade internacional e, por conseguinte, qual seria seu reflexo no âmbito global.

Individualmente considerada, portanto, a medida consistente na instituição de uma diferenciação tarifária ou isenção fiscal, em razão da quantidade de CO₂ emitido pelo produto ou bem quando de sua utilização e/ou eliminação da cadeia produtiva, pode ser considerada necessária nos termos da alínea (b) do artigo XX do GATT.

A dificuldade de análise surge ao analisar se haveriam outras medidas alternativas que se prestassem a atingir o mesmo objetivo e que representassem um mesmo grau de proteção ao bem jurídico em apreço. Para tal exercício, são necessárias, também, algumas ponderações.

Primeiramente, deve-se partir da constatação que a redução das emissões de gases do efeito estufa pressupõe uma alteração dos padrões de consumo e de comportamento dos membros da sociedade civil, haja vista que a emissão de gases é relacionada, inexoravelmente, com o exercício da atividade produtiva e consumidora.

Portanto, qualquer medida que se proponha à finalidade de reduzir as emissões de gases, deve focar sua atuação na cadeia produtiva, com vistas a alterar: (i) ou a matéria-prima utilizada; (ii) ou os métodos de produção; (iii) ou o produto final; (iv) ou o modo de utilização do produto final; (v) ou o modo de eliminação deste pelo mercado consumidor.

Por essa razão, medidas alternativas como o plantio de árvores ou a ampliação de reservas ecológicas destinadas à conversão dos gases do efeito estufa em oxigênio não se prestam à finalidade pretendida, haja vista que não implicam na redução de emissões, mas sim no modo de absorção destas pelo ecossistema global – o que não é a mesma coisa e tampouco a finalidade pretendida pelo instituto.

Focando-se, portanto, na redução das emissões, tem-se como alternativas equivalentes e ou que ofereçam maior grau de proteção ambiental: (a) a proibição do uso de automóveis/combustíveis que emitam gases do efeito estufa; (b) a restrição do uso destes a determinados períodos de tempo.

Certamente que nenhuma das duas oferece um grau de restrição menor ao comércio internacional de bens do que a diferenciação tributária. Ora, tanto no primeiro quanto no segundo caso haverá uma restrição muito mais incisiva ao comércio internacional de bens e ao acesso aos mercados, haja vista que quaisquer das limitações propostas

significaria uma proibição produtiva e de importação, no primeiro caso, e uma redução drástica da produção no segundo caso.

Quanto a este ponto, a explicação é simples. A indústria automobilística que exporta veículos a determinadas localidades o faz, dentre outros fatores, com base na vida útil do bem. A redução da utilização aumenta a vida útil do bem e diminui a necessidade de manutenção e/ou troca deste, o que acarreta, a curto e médio prazo, na redução do volume importado e, conseqüentemente exportado. A restrição comercial é muito significativa.

Por outro lado, a restrição tarifária não interfere nesse aspecto, haja vista que a produção é livre e o acesso ao mercado também, de modo que caberá ao produtor apenas convencer o consumidor que seu produto é mais viável por outras razões que não o aspecto relacionado com a proteção do sistema climático.

Pelas medidas propostas, portanto, mantém-se a estabilidade do mercado, a previsibilidade do acesso bem como a possibilidade produtiva, de modo que é de se concluir que as medidas alternativas possíveis, que possuem idêntico ou mais elevado grau de proteção ambiental ao bem jurídico em questão seriam mais restritivas ao comércio internacional de bens.

Por essas razões, tem-se que, consideradas as medidas alternativas, a instituição de uma diferenciação tarifária ou isenção fiscal em razão da quantidade de CO₂ emitido pelo produto ou bem quando de sua utilização e/ou eliminação da cadeia produtiva pode ser considerada necessária nos termos da alínea (b) do artigo XX do GATT.

4.3.1.2 Artigo XX(g)

No âmbito do Artigo XX(g) do GATT, os critérios são muito mais bem definidos, consoante já exposto. A doutrina, assim como a jurisprudência do órgão de solução de controvérsias da OMC, é unânime ao classificar que os critérios a serem observados são: (i) o objeto deve ser um recurso natural esgotável; (ii) a medida deve ser relativa à conservação do aludido recurso; (iii) a restrição deve ser aplicada indistintamente aos produtos nacionais ou importados⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ “The applicability of Article XX(g) requires na interpretation of three distinct phrases in the paragraph: 1) ‘exhaustible natural resources’, 2) ‘relating to’, and 3) ‘made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.’ (WOLD; GAINES; BLOCK, 2011, p. 304). No

Nunca houve, no âmbito da OMC, uma controvérsia que analisasse o sistema climático enquanto recurso esgotável. Todavia, e como salientado alhures, item 4.1.3.1, no caso *US-Reformulated Gasoline* já se entendeu que “a medida para reduzir a deterioração do ar puro era uma política voltada à conservação de um recurso natural nos termos do Artigo XX(g)”.

A manutenção da qualidade do ar puro, evidentemente, é um dos objetivos imediatos de qualquer política que vise à redução de emissão de gases do efeito estufa. Ainda, há outros elementos, dos quais se destaca a manutenção da temperatura terrestre.

Fato é que esta decorre da quantidade de ar puro existente na atmosfera, de modo cíclico, o que permite a conclusão seguinte: se o ar puro é um recurso natural esgotável, o sistema climático, com muito mais fundamento, também o é. Tal conclusão encontra amparo, ainda, no entendimento acerca da extensão do termo “esgotável” revelado quando do julgamento do caso *US-Shrimp/Turtle*.

Neste, definiu-se que a interpretação dos termos do Artigo XX(g) deve ser feita “à luz das preocupações contemporâneas da comunidade das nações sobre a proteção e a conservação do meio ambiente”. Nesse sentido, consta do preâmbulo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança no Clima que “a mudança de clima da Terra e seus efeitos negativos são uma preocupação comum da humanidade”.

É de se concluir, pois, e sem qualquer dificuldade, que o sistema climático deve ser considerado um recurso natural para fins de do artigo XX(g) do GATT.

Por outro lado, e conforme já restou claro quando da análise do item precedente, a medida consistente na diferenciação tributária em razão da quantidade de emissão de CO₂ de determinados produtos e bens se destina à conservação do sistema climático. Isso por que aumenta a oferta e o acesso – e, conseqüentemente, o uso – a bens que produzem menos (ou não produzem) gases do efeito estufa, em detrimento daqueles que o fazem.

Em curto e médio prazo, pois, haverá uma redução significativa da emissão de tais gases, haja vista que aquelas provenientes de veículos automotores particulares e públicos representam cerca de 1/3 do total de

mesmo sentido são as colocações de Bernasconi-Osterwalder (2006, p. 78), bem como de Vranes (2009, p. 266-267).

emissões globais⁴⁴⁵. Portanto, é de se entender que a medida se destina à conservação do recurso.

Finalmente, e mais relevante, é o último critério, qual seja, a necessidade de a medida ser aplicada indistintamente a produtos nacionais e importados. Não é de difícil constatação que o oferecimento de isenções fiscais ou de menores alíquotas a determinados tributos deva ser aplicável a produtos nacionais e estrangeiros. No caso brasileiro, uma redução do IPI, das contribuições sociais como PIS, COFINS, etc., seria aplicada aos produtos nacionais e aos importados, no momento do desembaraço aduaneiro.

Todavia, situação diversa seria o caso da concessão de incentivos fiscais apenas para os veículos produzidos pelo território nacional, em detrimento dos importados, como mecanismo de incentivo à indústria pátria. Nesse caso, não há como concluir que uma medida fosse enquadrável no seio do artigo XX(g) do GATT, eis que falharia no requisito estabelecido quando do julgamento do caso *US-Reformulated Gasoline*, no sentido de tratar-se de “um requerimento de que as restrições que a medida acarreta sejam suportadas tanto pelos produtos importados como pelos produtos internos”.

Portanto, a fim de adimplir o último requisito e ser perfeitamente enquadrável também na alínea (g) do artigo XX, a medida que estabelece diferenciação tributária em razão da quantidade de emissão de CO₂ de determinados produtos e bens deverá ter a cautela de ser aplicável indistintamente aos produtos internos e importados.

4.3.2 Submissão da restrição ao teste do *caput*: o papel do desenvolvimento sustentável para a justificação de tais medidas

Quanto à submissão de medidas dessa natureza, barreiras climáticas, aos filtros previstos no *caput* do artigo XX do GATT, deve-se salientar que essas seguramente não encontrariam quaisquer dificuldades em ultrapassar esses testes, notadamente em razão da atuação do princípio do desenvolvimento sustentável.

⁴⁴⁵ Dados obtidos pelo estudo desenvolvido pelo governo da Suécia, cujo relatório, denominado “Climate and Trade Rules – Harmony or Conflict?”, encontra-se disponível em: <<http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2004/rapporter/report-climate-and-trade-rules.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2013.

Consoante foi possível constatar, o princípio do desenvolvimento sustentável atua, no campo do direito internacional público, como uma norma de integração, a qual atrai a aplicação, ao caso concreto, do regramento jurídico das mudanças climáticas para junto da esfera OMC/GATT, compatibilizando ambos dentro do sistema jurídico internacional⁴⁴⁶.

Essa norma é parte integrante, de forma expressa e positiva, de ambos os ramos do direito internacional público, de modo que é dupla a razão e a forma de sua atuação para fins de definir se uma barreira climática é, ou não, justificada e/ou arbitrária, e qual o parâmetro dessa definição.

Primeiramente, do ponto de vista endógeno, eis que o desenvolvimento sustentável é o norte que deve guiar a aplicabilidade das normas previstas nos Acordos GATT/OMC em decorrência de haver previsão expressa nesse sentido em seu preâmbulo.

Essa conclusão advém da exegese cristalina do art. 31 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, consoante referido no capítulo 2, bem como de abalizados entendimentos doutrinários devidamente citados e da prática jurisprudencial do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, todos elementos aos quais se fez referência oportunamente ao longo do presente estudo.

Em segundo lugar, do ponto de vista exógeno, uma vez que tal princípio possui aplicabilidade imediata a qualquer conflito existente entre o regramento jurídico da economia, meio ambiente e de direitos humanos e sociais, por se caracterizar como norma cogente de direito internacional público cujo teor é integrar e harmonizar os sistemas com vistas à manutenção das bases naturais sobre as quais se assente a vida na terra, nos exatos termos em que exposto no capítulo 1 desta modesta abordagem.

É a essa a mesma conclusão que chegou Christina Voigt (2009) depois de longa análise sobre a temática, veja-se:

⁴⁴⁶ Importante destacar que, segundo Christina Voigt (2009, p.380), o desenvolvimento sustentável atua de modo a minimizar o impacto da fragmentação do direito internacional a que aludiu Koskeniemmi: “the application of the principle of sustainable development as a principle of ‘integration’ would have a harmonizing impact on the effects of fragmentation of international law, as exemplified here by climate rules and international trade norms”.

Primeira e principalmente, o princípio é parte do sistema jurídico da OMC por si só. [...] Segundo, enquanto um princípio geral de direito internacional, a aplicabilidade do desenvolvimento sustentável, de uma maneira geral, é independente de sua referência no preâmbulo do Tratado da OMC, embora tal referência facilite as exigências argumentativas. Se o princípio não estivesse “escrito no sistema jurídico da OMC”, ele definitivamente poderia ser lido ali. [...] O direito internacional permanece aplicável sempre que a legislação da OMC não tenha expressamente delimitado as regras ou princípios que não possuirão aplicabilidade. No caso do desenvolvimento sustentável, o Tratado da OMC não somente não o excluiu como positivamente e expressamente o incluiu no campo da aplicação⁴⁴⁷.

O desenvolvimento sustentável, portanto, atua no âmbito do *caput* do artigo XX do GATT no sentido de conferir as lentes por meio das quais o aplicador do direito observará a medida sob análise, sempre em concomitância com as normas dos demais sistemas jurídicos (ambiental e social) que o rodeiam, tendo por norte a manutenção das bases naturais sobre as quais se assenta a vida no globo terrestre⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ “First and foremost, the principle is part of WTO law itself. [...] The reference to the preambular manifestation of sustainable development was enough for the Appellate Body in US-Shrimp to use the principle – referred to as an ‘objective’ – as a means of importing contemporary concerns of the community of nations on the protection and the conservation of the environment into the interpretation of the term ‘natural resources’ in Article XX(g) GATT. [...] Second, as a general principle of law, the applicability of sustainable development is generally independent of its reference to the argumentative requirements. If the principle of integration had not been ‘written in’ to WTO law, it can definitely be ‘read in’. [...] International law remains applicable as long as WTO law has not overtly contracted out the rules of principles that shall not apply. In the case of sustainable development, the WTO agreement not only did not contract it out, it positively and expressly contracted it in. This alone is a strong argument for its applicability”. (VOIGT, 2009, p. 317-320).

⁴⁴⁸ Há, portanto, uma contraposição à abordagem clássica e atualmente adotada, a qual, segundo Voigt, é vista apenas por meio das lentes comerciais. A abertura às demais normas do sistema internacional, possibilitada pela integração realizada pelo princípio do desenvolvimento sustentável, confere harmonia

Desse modo, ao analisar se uma barreira climática unilateral é arbitrária ou injustificada nos termos do *caput* do artigo XX do GATT, à luz do desenvolvimento sustentável, o aplicador do direito deve estar de posse e domínio de dois arcabouços jurídicos fundamentais e de mesma relevância: a) os Tratados OMC/GATT e b) a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e o Protocolo de Quioto⁴⁴⁹.

Esta é a grande implicação do desenvolvimento sustentável para cada um dos testes oferecidos pela cabeça do dispositivo, objeto de análise individual na sequência.

4.3.2.1 Desenvolvimento Sustentável e Discriminação Arbitrária

Houve oportunidade de verificar, no item 4.2.1, que para que uma medida não seja considerada uma discriminação arbitrária ela deve, concomitantemente, (i) ser aplicável de forma indistinta a todos os Estados, salvo se por razão alheia à vontade própria daquele que instituiu a medida; (ii) ser transparente quanto aos métodos de aplicação e os meios de tomada de decisão; (iii) garantir o exercício da ampla defesa e contraditório com todos os recursos a eles inerentes, em aplicação ao princípio do *due process of law*; (iv) ser flexível nos meios exigidos para se atingir as finalidades (objetivas), de modo a prezar pelos resultados e não pelos mecanismos utilizados por cada exportador para atingi-los.

Lembre-se que se está trabalhando com a hipótese de uma barreira climática consistente na diferenciação tarifária e/ou limitação

àquele como um todo: “[b]u approaching the tension between climate measures and trade provisions via interpretation of trade law exceptions, environmental issues are forced to fit into the framework of trade law. The traditional approach leads to viewing the relationship through a ‘trade lens’. As a result, environmental concerns are not given comparable weight to those of trade. The limitations of interpretation demand openness towards other modes of legal reasoning. [...] In the trade and environment nexus the most significant legal instrument in this regard is the principle of sustainable development, which seeks to link and balance environmental protection with economic and social interests and encompasses the concepts of intra and intergenerational equity. From a systematic perspective, sustainable development essentially requires different streams of international law to be treated in an integrated manner”. (VOIGT, 2009, p. 377)

⁴⁴⁹ “To give adequate weight to environmental concerns, a neutral balancing perspective is needed, where both environmental norms and international trade norms are equal and integrated parts”. (VOIGT, 2009, p. 377)

administrativa à circulação de bens em decorrência da quantidade de emissão de gases do efeito estufa que seu uso ou eliminação acarreta.

O critério é, portanto, objetivo. Os métodos de aferição deste, pois, é que necessitam ser transparentes, claros, e assegurar ao Estado afetado ampla defesa e contraditório no campo administrativo – e, eventualmente, judicial – para demonstrar seu enquadramento dentro de determinados parâmetros.

Quanto à aplicação de forma indistinta a todos os Estados, esta sofre uma variação bastante significativa sob o prisma do princípio do desenvolvimento sustentável. Uma vez que o aludido princípio atrai ao caso concreto a aplicação da Convenção-Quadro das Nações Unidas e do Protocolo de Quioto de forma paritária aos Acordos OMC/GATT, surge uma questão tormentosa e que seguramente gerará polêmica.

Ora, uma vez que ambos os regimes consagram o princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas e, ainda, o sistema jurídico das mudanças climáticas estabelece metas objetivas de redução de emissões para cada Estado constante no “Anexo I” da Convenção, entende-se possível que a alíquota do tributo em questão sofra, também, variação diferenciada com base nesse critério, sem que haja qualquer discriminação arbitrária.

Se ambos os regramentos jurídicos devem, por força do princípio do desenvolvimento sustentável, ser compatíveis e harmônicos, nada mais adequado que a diferenciação das responsabilidades pela redução das emissões se reflita na intensidade da restrição imposta, com base justamente na presença, ou não, de adimplemento às metas de redução previstas na norma internacional.

Como a meta de reduções de emissões para os países constantes no “Anexo I” da Convenção é retornar aos níveis de emissão de 1990⁴⁵⁰,

⁴⁵⁰ “Artigo 4. Obrigações [...] **2. As Partes países desenvolvidos e demais Partes constantes do Anexo I se comprometem especificamente com o seguinte:** [...] b) A fim de promover avanço nesse sentido, cada uma dessas Partes deve apresentar, em conformidade com o Artigo 12, dentro de seis meses da entrada em vigor para si desta Convenção, e periodicamente a partir de então, informações pormenorizadas sobre as políticas e medidas a que se refere a alínea (a) acima, bem como sobre a projeção de suas emissões antrópicas residuais por fontes e de remoções por sumidouros de gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal no período a que se refere a alínea (a) acima, **com a finalidade de que essas emissões antrópicas de dióxido de carbono e de outros gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal voltem, individual ou conjuntamente, a seus níveis de 1990.** Essas informações serão examinadas pela Conferência das Partes em sua primeira

defende-se o entendimento que, no seio de uma barreira climática, é possível estabelecer a incidência de uma alíquota variável a cada país com base em seu grau de adimplemento com as metas internacionais. Explica-se.

Tome-se como exemplo hipotético a importação, para o Brasil, de veículos automotores oriundos da Alemanha, no ano de 2013. Suponha-se que se tenha estabelecido, por meio de uma normativa interna, três patamares de eficiência (A, B e C), os quais possuem alíquotas crescentes de imposto sobre produtos industrializados (IPI) calculadas em razão da quantidade de emissão de gases do efeito estufa, de modo que aquele produto que emita mais gases possua a maior alíquota.

Suponha-se, ainda, que a Alemanha, no ano de 2012, tenha atingido sua meta de redução de emissões em apenas 50%, percentual este aferível tendo como base dados estatísticos obtidos no âmbito dos organismos técnicos do próprio sistema climático, devidamente abordadas no capítulo 2.

Diante desse cenário, entende-se perfeitamente possível e compatível com a exigência de que a restrição unilateral não seja arbitrária, não só a adoção de alíquotas variáveis aos impostos incidentes sobre os produtos em razão do critério objetivo (quantidade de emissão de gases), mas também a instituição de diferenciação de alíquotas aos importadores, com base em um critério subjetivo, qual seja, o quanto o País em questão adimpliu suas obrigações internacionais para a redução de emissões globais.

Dessa forma, e seguindo no exemplo citado, poder-se-ia concluir pela possibilidade de a alíquota aplicável aos veículos provenientes da Alemanha sofrer um acréscimo de 50%, vale dizer, da exata proporção do inadimplemento da meta estabelecida no âmbito da CQNUMC e do Protocolo de Quioto.

Considere-se a mesma hipótese, mas para outra nação, a Itália. Suponha-se que este País tenha obtido maior êxito na redução de suas emissões, da ordem de 90%. Nesse caso, as alíquotas aos veículos italianos sofreriam um acréscimo de apenas 10%, mantendo-se a proporcionalidade.

Com os lúdicos exemplos citados, e com base na análise da regra constante no *caput* do artigo XX do GATT à luz do princípio do desenvolvimento sustentável, deve-se concluir que tal barreira climática não poderia ser considerada arbitrária eis que a aplicação de maneira

diversa a cada País não decorreria do elemento volitivo do Estado instituidor da medida, mas da própria vontade daquele afetado.

Isso porque condicionada expressamente ao *quantum* do adimplemento deste a uma obrigação contraída por ele próprio, voluntariamente, em outra esfera do direito internacional público.

Não se trata de estabelecer tratamento diferenciado, de forma voluntária, em razão da procedência dos produtos (veículos, no exemplo). A diferenciação advém da aplicabilidade, ao caso, do princípio do desenvolvimento sustentável, que age no sentido de atrair ao regramento jurídico da OMC/GATT as obrigações assumidas pelo mesmo Estado em outro ramo do direito internacional público, como modo de contrabalançar e sopesar a intensidade da restrição comercial por ele sofrida.

E uma vez que os critérios postos tanto na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança no Clima quanto no Protocolo de Quioto são objetivos, preestabelecidos, e contaram com a anuência expressa do Estado afetado, não há arbitrariedade alguma em serem exigidos como critério para a intensidade da restrição comercial, ainda que dentro de outra seara do mesmo universo do direito – internacional público.

Pela mesma razão, não há violação à necessidade de previsibilidade e estabilidade do sistema multilateral do comércio, haja vista que os índices de acréscimo (percentuais) de alíquotas adviriam da aferição, por meio de estudo técnico realizado no seio de organismo internacional com legitimidade referendada pelo próprio Estado afetado, da contribuição do mencionado País para a redução de suas emissões, nos termos da norma pactuada por ele com a comunidade internacional.

Ainda, saliente-se que modo de aplicação da hipotética medida também atenderia ao critério de flexibilidade subjetiva que é exigido pelo dispositivo, bem como se adequaria às realidades distintas de cada Estado afetado, pois calcado em uma constatação empírica individualizada, embasada em dados estatísticos.

É certo que, para uma medida de tal natureza ultrapassar o critério em análise, deve ser assegurado o direito à ampla defesa e contraditório ao Estado afetado, o qual deverá (no exemplo em apreço) ser exercido por meio de processo administrativo regular junto ao órgão competente – garantida, inclusive, a possibilidade de recursos bem como de submeter a controvérsia ao judiciário brasileiro.

Atendida essa ressalva, não se vislumbra óbice para que a barreira climática possa ultrapassar o critério da arbitrariedade estabelecido pelo *caput* do artigo XX do GATT.

Nessa óptica, é de se concluir que por meio da ação do princípio do desenvolvimento sustentável, uma barreira climática que, *a priori*, poderia ser considerada discriminatória – por ser aplicável de forma diversa aos mesmos produtos em razão do Estado de procedência – possui o potencial de superar o teste da arbitrariedade proposto pelo *caput* do dispositivo, em razão da atração ao caso concreto, com mesmo peso normativo, de outro sistema jurídico integrante do mesmo universo do direito internacional público.

4.3.2.2 Desenvolvimento Sustentável x Discriminação Injustificada

Muito embora se tenha podido concluir pela existência de certa indeterminação quanto aos critérios utilizados pelo Órgão de Solução de Controvérsias para definir quando uma medida unilateral com fundamentos ambientais, como as barreiras climáticas, é justificada nos moldes do *caput* do artigo XX do GATT, é de se ter por assente que, quando esta for fruto de acordo internacional entre as partes, será considerada justificada.

Note-se, consoante já exposto, que a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança no Clima, que prevê a obrigação de todos os países contribuírem para a estabilização do sistema climático, inclusive com a adoção de medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima, conta, ao tempo presente, com 192 países signatários – quase que a totalidade da comunidade internacional – revelando seu caráter de universalidade.

Ainda, deve-se salientar que, por força da atuação do princípio do desenvolvimento sustentável – aqui compreendida sua atuação do ponto de vista exógeno, ou seja, como norma cogente de direito internacional público, e não apenas como cânone hermenêutico previsto no seio do Tratado de Marrakesh –, a Convenção em apreço, bem como o Protocolo de Quioto (em cujo anexo se encontram as metas objetivas de redução de emissões), serão aplicáveis a eventual disputa comercial que envolva o questionamento de uma barreira climática como aquelas que ora se examina.

E mais, por força do princípio, a força normativa de tais instrumentos será equivalente àquela das normas do comércio internacional previstas nos acordos GATT/OMC.

Partindo-se dessas premissas, que foram construídas e fundamentadas exaustivamente ao longo do presente estudo, exsurgem duas situações a serem examinadas.

A primeira delas, e de mais simples solução jurídica, adviria de uma demanda na qual o Estado afetado fosse signatário tanto da CQNUMC quanto do Protocolo de Quioto e a medida questionada estivesse a exigir deste o adimplemento das metas de redução de emissões por ele contraídas no seio dos aludidos instrumentos.

Ora, consoante exposto no capítulo 2, o regime jurídico das mudanças climáticas introduziu uma obrigação de resultado e não de meios. Esta obrigação é única, qual seja, contribuir para a estabilização do sistema climático por meio da redução da emissão de gases de efeito estufa aos níveis existentes na década de 1990. O quanto dessa redução é que é quantificável para determinados Estados (Anexo I da Convenção e Protocolo de Quioto), e não para outros.

Os meios que os signatários se utilizarão para atingir suas metas são livres, pois, tendo em vista a própria natureza da obrigação contraída.

Nesse caso, tratando-se da imposição de uma diferenciação tributária com fundamento climático (sobretaxa, consistente na aplicação de uma alíquota cujo percentual é variável e obtido por meio da aferição da contribuição subjetiva do Estado afetado à consecução da meta a que se propôs, nos moldes salientados no item precedente) de um Estado signatário a outro, nascem duas constatações.

Primeiramente, o Estado que impõe a medida nada mais faz que o exercício regular de um direito, tendo em vista que age em prol da redução das emissões globais a determinados níveis, e para tanto se utiliza da discricionariedade de meios que a norma lhe atribuiu.

Em segundo lugar, o Estado afetado, eis que manifestou seu consentimento em reduzir suas emissões aos mesmos determinados níveis, está a ser coagido lícitamente ao adimplemento uma obrigação para a qual prestou seu consentimento de forma voluntária.

Desta imposição não pode se esquivar, sob pena violação à norma elementar do *pacta sunt servanda*, inserta, inclusive, no Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, reconhecida como norma internacional cogente.

Assim, em um sistema jurídico (das mudanças climáticas), o Estado “A” contrai uma obrigação, a qual é exigida pelo Estado “B” no seio de outro regramento normativo (GATT/OMC), pela via da utilização de uma ferramenta específica – exceções das alíneas (b) e (g) do artigo XX.

É exatamente no transporte e na intersecção das normas do sistema jurídico das mudanças climáticas àquele do comércio internacional que consiste a atuação do princípio do desenvolvimento

sustentável. A janela normativa utilizada, para se utilizar da terminologia de Voigt, são as exceções do artigo XX do GATT.

Em outras palavras, no caso onde há consentimento mútuo, o consentimento manifestado por um Estado em obrigar-se à norma ambiental, compreendida aí a extensão da obrigação, integra-se e funde-se com o ordenamento comercial internacional em razão dos efeitos jurídicos do princípio, daí gerando novas obrigações e consequências jurídicas.

Isso só ocorre por que se possibilitou, pela via do princípio do desenvolvimento sustentável, o transporte e a intersecção de uma à outra. E é por essa razão que há se concluir que o princípio em questão é o elemento justificador das barreiras climáticas ao comércio internacional de bens.

Por apego à clareza, ainda com o risco da prolixidade, deve-se frisar que a justificação em si advém do consentimento manifestado pelo Estado ao contrair a obrigação exigida por meio da instituição da barreira, mas o elemento justificador, que possibilita a intersecção entre uma e outra, transporta e funde o consentimento manifestado a um sistema em outro, é princípio do desenvolvimento sustentável.

A situação diversa, em que um Estado seja signatário da CQNUMC e do Protocolo de Quioto e outro não tenha assinado este último, como os Estados Unidos da América, por exemplo, embora seguramente gere maior polêmica, desagua na mesma conclusão.

Ora, tem-se que a esmagadora maioria da comunidade internacional, ao prestar seu consentimento e abrigar-se às normas pactuadas no seio da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, contraiu a seguinte obrigação:

Artigo 4. Obrigações [...] 2. As Partes países desenvolvidos e demais Partes constantes do Anexo I se comprometem especificamente com o seguinte: [...] b) A fim de promover avanço nesse sentido, cada uma dessas Partes deve apresentar, em conformidade com o Artigo 12, dentro de seis meses da entrada em vigor para si desta Convenção, e periodicamente a partir de então, informações pormenorizadas sobre as políticas e medidas a que se refere a alínea (a) acima, bem como sobre a projeção de suas emissões antrópicas residuais por fontes e de remoções por sumidouros de gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal

no período a que se refere a alínea (a) acima, **com a finalidade de que essas emissões antrópicas de dióxido de carbono e de outros gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal voltem, individual ou conjuntamente, a seus níveis de 1990.** Essas informações serão examinadas pela Conferência das Partes em sua primeira sessão e periodicamente a partir de então, em conformidade com o Artigo 7” (grifo nosso).

Ou seja, independentemente de haver assinatura e ratificação do Protocolo de Quioto, que estabelece um prazo e um ritmo de redução das emissões, fato é que a obrigação de retornar os índices dessas àqueles da década de 1990 é independente, autônoma e consta da Convenção. A extensão do ritmo e do modo de adimplemento da obrigação, todavia, é que não é suficientemente clara.

Esse fator, à toda evidência, não pode obstar que a obrigação *per se* seja exigida, haja vista que esta é certa e sob pena de desvirtuar o próprio sentido do tratado. Se não há um prazo para tanto, será a regra da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, aplicáveis pelo julgador quando do caso concreto, os cânones responsáveis por definir o *quantum* da obrigação pode ser exigido no momento em que instituída a barreira climática, tendo em vista o contexto do restante da comunidade internacional.

Ora, se determinado Estado não possui uma meta certa, um prazo e um ritmo para as reduções das emissões – o que ocorre, por exemplo, com aqueles que não integram o Anexo I –, é razoável, por exemplo, que se faça uma média ponderada entre o total das reduções per capita dos cidadãos da comunidade internacional a fim de aferir o quanto de reduções seria exigível do Estado em questão no momento em que instituída a restrição.

O raciocínio jurídico que conduz a tal conclusão – pelo estabelecimento de um critério – é simples e cartesiano. Uma vez que da interpretação do tratado não se pode extrair um parâmetro objetivo para a exigência da obrigação em determinado momento, deve-se recorrer às regras gerais de interpretação previstas no artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de

O aludido dispositivo afirma, em seu item 1, que o tratado deve ser interpretado de boa-fé, à luz de seu objetivo e finalidade. Ora, o objetivo e a finalidade do tratado, consoante disposto em seu preâmbulo, é o de conduzir à estabilização do sistema climático, por meio da redução das emissões de gases do efeito estufa.

Compreender que a inexistência de um parâmetro objetivo para a exigência da obrigação certa constante no artigo 4, item 2, seria o mesmo que esvaziar totalmente o conteúdo do dispositivo, o que conduz a um resultado manifestamente absurdo ou desarrazoado, nos exatos termos do item “b” do Artigo 32 da mesma Convenção de Viena e, por essa razão, autoriza a utilização de meios suplementares de interpretação do tratado⁴⁵².

Não há um rol taxativo ou exaustivo dos referidos meios suplementares. Dispõe o artigo em comento que o objetivo do uso de tais meios é “confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido [do tratado]”. Se assim é, entende-se que é perfeitamente possível estabelecer um outro mecanismo de aferir o quanto da obrigação constante no Tratado pode ser exigida em determinado momento e, nesse sentido, a razoabilidade e a proporcionalidade depõe em favor da utilização de um parâmetro comum a todos os demais membros da comunidade internacional, embasado na média ponderada (por habitante) da redução de emissões que estão sendo praticadas em determinado momento histórico.

um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

⁴⁵² Artigo 32. Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Portanto, para o caso de um País não ter manifestado seu consentimento ao Protocolo de Quioto, estabelecendo de forma clara e objetiva a extensão da obrigação contraída por meio do artigo 4, item 2, da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança no Clima, sugere-se a utilização de tal mecanismo alternativo, como meio suplementar de interpretação destinado à confirmar o sentido do Tratado.

Em síntese, trata-se de utilizar um mecanismo previsto em norma de direito internacional cogente (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados) para manter o sentido do tratado e de uma obrigação certa que lhe dá vazão, constante no plano internacional.

A partir dessa quantificação – vale dizer, sempre dentro do exemplo utilizado ao longo do presente item, qual seria a meta de redução de emissões do determinado País no momento da aplicação da barreira climática – a atuação do princípio sustentável ao caso concreto se mostra, em muito, similar àquela já explicitada.

Isso por uma razão muito simples: o princípio do desenvolvimento sustentável não cria, não obriga que um Estado dê seu consentimento para determinada obrigação de direito internacional público – e nem poderia fazê-lo. Sua função é apenas de clarificar, transportar e fundi-la com outros sistemas jurídicos insertos no mesmo plano de direito (internacional) que, por força das relações entre seus objetos de regulação, possuem uma relação intrínseca.

A finalidade da transposição sempre deve se dar de acordo com o escopo do princípio, qual seja, a manutenção das bases naturais sobre as quais se assenta a vida na Terra – dentre as quais se insere o sistema climático, como já exposto.

Nesse caso, portanto, ocorre o mesmo movimento que no pretérito. A justificação reside no consentimento manifestado pelo Estado quanto à obrigação de reduzir as emissões de gases do efeito estufa aos patamares existentes em 1990 e preservar as condições de vida na Terra.

O elemento justificador, que clarifica essa obrigação, a torna exequível nos termos da finalidade do tratado, a transporta e a funde no seio do sistema multilateral do comércio internacional é o princípio do desenvolvimento sustentável.

Assim sendo, pode-se verificar, tal qual na outra situação, que o princípio internacional do desenvolvimento sustentável, quando aplicável às barreiras climáticas ao comércio internacional de bens, age de modo a compatibilizar os regramentos jurídicos das mudanças no clima e do GATT/OMC, a fim de permitir que as obrigações contraídas

no âmbito daquele sistema possam ser exigidas neste, por meio da utilização das exceções previstas no artigo XX(b) e (g) sem que isso implique em qualquer discriminação injustificada.

Deve-se frisar, também por estima excessiva à clareza, que o princípio internacional do desenvolvimento sustentável não é *per se*, o fundamento da barreira climática. A razão desta será aquela constante nas alíneas (b) e (g) do artigo XX do GATT, ou em apenas uma delas, conforme o caso.

Se materializa o princípio, de outro norte, no mecanismo que, por meio da construção de pontes de comunicação e pontos de intersecção entre diversos sistemas jurídicos que orbitam na grande nebulosa que é o Direito Internacional Público, confere harmonia e viabiliza a convivência sistêmica entre obrigações e direitos contraídos em cada um deles.

Essas, finalmente, as razões pelas quais se percebe que o princípio do desenvolvimento sustentável possui um papel imprescindível e de crescente importância para compatibilizar os tratados multilaterais ambientais (MEAs) e o sistema jurídico GATT/OMC, com potencial para se tornar uma ferramenta funcional que conferirá aos internacionalistas amplas possibilidades de resolução de conflitos entre comércio e meio ambiente de forma harmônica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo permite que se extraia uma gama de conclusões, cujos reflexos são bastante significativos para o direito internacional público, direito do comércio internacional e direito internacional do meio ambiente, notadamente no campo das mudanças climáticas.

A primeira conclusão relevante que se pode extrair guarda relação com a gênese do conceito de desenvolvimento sustentável. Este nasceu umbilicalmente conectado com a ideia de uso ótimo dos recursos naturais, a fim de que a atividade econômica desenvolvida pudesse representar o melhor desempenho possível com a menor utilização de recursos. A finalidade a que se destinava o conceito, assim, era eminentemente econômica.

Depois, o conceito passa por uma modificação de matiz, mas não de paradigma. Passou-se a verificar que era necessário manter a conservação ambiental, todavia, apenas para garantir a manutenção do sistema produtivo vigente.

Essa concepção permeou toda a produção normativa no campo do direito internacional público na primeira metade do século XX, revelando que a natureza era vista tão somente como ativo econômico e, por essa exclusiva razão, deveria ser preservada.

A partir de 1972, com a Conferência de Estocolmo, há o início de uma mudança de paradigma no plano político, em que se começa a ampliar o conceito de desenvolvimento para a inclusão de aspectos sociais, como a preocupação com o tipo de desenvolvimento que a exploração econômica se destinava, sobretudo nos países mais pobres.

A alteração paradigmática não se quedou neste aspecto e migrou, ainda, para a integração de outros elementos, notadamente a concepção de que a natureza necessitava de proteção por outras razões. Este novo prisma teve sua primeira representação em 1980, inserto em documento intitulado “Estratégia Mundial para a Conservação da Natureza”, produzido por entes internacionais privados em parceria com órgãos da Organização das Nações Unidas.

Nota-se que, neste momento histórico, passa-se a utilizar diretamente o termo “sustentável” para fazer referência a padrões de desenvolvimento, demonstrando que a preservação do meio ambiente, além de integrar a própria noção de desenvolvimento, constitui pressuposto necessário para que este possa existir.

Constata-se, pois, que houve em um curto espaço de tempo, uma evolução normativa do tratamento dos elementos “desenvolvimento” e

“uso dos recursos naturais”, de modo a enfatizar a necessidade de proteção da natureza não mais como um meio para atingir objetivos econômicos e bem-estar humano, mas sim como um fim em si mesmo.

Todas essas mudanças de posicionamento, no entanto, foram realizadas no campo da política. Os instrumentos jurídicos existentes ainda abarcavam a concepção que identificava desenvolvimento exclusivamente com crescimento econômico.

A fim de transportar ao campo jurídico a mudança de paradigma operada no âmbito da política, foi criada, no âmbito da ONU, a comissão Brundtland, cujos trabalhos resultaram em um relatório publicado em 1987, batizado com o nome da norueguesa que a presidiu, e denominado “Nosso Futuro Comum” – o qual foi adotado pela Resolução 42/187 da ONU.

Neste, estabeleceu-se a fórmula que comumente é utilizada para definir o desenvolvimento sustentável, qual seja, aquele destinado a satisfazer as necessidades das gerações presentes sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.

O Relatório Brundtland é tido, ainda atualmente, como revolucionário e inovador para seu tempo, tendo em vista a fórmula criada. Ao longo do presente estudo, restou evidente que essa fórmula, todavia, foi incongruente com a evolução que o desenvolvimento sustentável apresentava à época em que o termo foi cunhado, e limitou, em muito, a complexidade e amplitude do conceito.

Por essa razão, discorda-se veementemente dos posicionamentos que veem no aludido relatório o genitor seja do conceito do desenvolvimento sustentável, seja de seu conteúdo, uma vez que este possuía contornos muito mais amplos do que aqueles abraçados no relatório.

Neste particular, o presente estudo possibilitou duas constatações. A primeira, que o conceito de desenvolvimento sustentável antecede, em muito, a edição do relatório denominado “nosso futuro comum”. Por sua vez, a segunda delas é que a fórmula adotada pelo relatório Brundtland para positivá-lo enquanto norma jurídica – inclusive transplantada para ordenamentos constitucionais, como o brasileiro, por exemplo – não representa toda a potencialidade e evolução normativa que o conceito ganhara no campo do direito internacional público naquele momento histórico.

O relatório buscou trazer normatividade a um conceito que se desenhara como jurídico ao longo do trato político, ingressando, pois, no campo do direito internacional público – consoante se pode aferir por

meio das diversas investigações empíricas realizadas ao longo do primeiro capítulo. Tratava-se, portanto, de norma que vinha sendo cunhada ao longo do tempo pela comunidade internacional.

Ao partir do pressuposto que o conteúdo da norma de direito internacional (consuetudinário, ou, ao menos, nascida da prática reiterada) é extraído do significado que os membros da comunidade internacional lhe atribuem, conclui-se que a fórmula da norma posta no relatório Brundtland é reducionista, de sorte que para se chegar à sua materialidade se faz (como se fez) necessário reconstruir o conceito a partir de sua evolução normativa e seus antecedentes históricos. Essa foi a primeira pontuação significativa do presente estudo.

Em meio a esta reconstrução, pode-se avistar uma amplitude muito maior e contornos muito distintos do que aqueles estabelecidos no relatório e até hoje utilizados por larga gama de respeitáveis doutrinadores. Com tranquilidade, pode-se afirmar com base na pesquisa realizada que não há uma fórmula singular que comporte o significado do desenvolvimento sustentável, uma vez que este não possui um método rígido de aplicação a um caso concreto, que se destine, por exemplo, a definir o que é e o que não é sustentável, no campo da abstração.

Juridicamente, o desenvolvimento sustentável não é uma norma com conteúdo constante, mas possui uma textura distinta e volátil, capaz de moldar-se de modo peculiar a cada caso concreto. Ao longo de sua evolução normativa, pode-se perceber com clareza que o desenvolvimento sustentável foi se aperfeiçoando para se tornar um mecanismo utilizado como elemento de compatibilização entre o exercício de uma atividade econômica, as implicações ambientais de sua realização e de sua continuidade, e a consequência social de ambas. Esse o núcleo da norma.

Dessa forma, verificou-se que para cada situação haverá um ponto de equilíbrio distinto, razão pela qual é imprescindível que tal norma tenha a capacidade de contrabalançar os elementos do mundo do ser de forma equânime. Esta equalização, nada mais é que uma regulação que o conceito realiza sobre os aspectos do mundo do ser, de modo que se assim é, pode-se concluir que se trata de um efeito jurídico.

Os objetos que busca regular e equalizar são relacionados com a economia, o meio ambiente e as consequências sociais entre ambos. Ocorre que estes objetos já possuem regulação própria, tanto no campo do direito interno quanto do direito internacional, de sorte que não há como admitir, por uma questão de interpretação sistêmica e coesa dos diversos ramos do ordenamento jurídico, que o conceito ultrapasse os

respectivos campos do dever ser que já foram definidos – pela comunidade internacional e pelo legislador.

Se o desenvolvimento sustentável regula a interação entre economia, meio ambiente e sociedade; se todos estes bens jurídicos têm um ordenamento próprio que os regula e, ainda assim, há diversos conflitos entre eles, é de se concluir que aquele se destina a compatibilizar as interações não no campo do ser, mas do dever ser. Em outras palavras, força a interação entre os ordenamentos para resolver os seus conflitos, tendo em vista uma determinada finalidade.

Esta finalidade, ao longo do tempo, transmutou-se, conforme se teve ocasião de acompanhar. Primeiramente, a interação que o desenvolvimento sustentável propiciava – admitindo-se o referencial semântico apenas para viabilizar melhor compreensão, tendo em vista que não se utilizava do termo à época, como evidente – era limitada à manutenção do sistema econômico vigente, eis que esse era o anseio da comunidade internacional.

Num segundo momento, passou-se a conferir mais ênfase ao aspecto social, a partir de um repensar do conceito de desenvolvimento por meio da sociedade internacional. Na atualidade, pois, chega-se à conclusão – reiterada nas diversas fontes de direito internacional público examinadas – que a manutenção de um meio ambiente equilibrado é pressuposto tanto para que haja desenvolvimento quanto para que haja um sistema econômico e produtivo vigente.

Desse modo, o fim a que se destina o desenvolvimento sustentável, essa norma volátil e altamente maleável, não pode ser outro senão a regulação dos ordenamentos jurídicos da economia, do meio ambiente e aqueles relacionados aos mais diversos aspectos sociais, para a manutenção das bases naturais sobre as quais se assenta a vida na Terra.

Não se trata de afirmar que há uma preponderância do aspecto ambiental no conceito, do ponto de vista jurídico. Se está a afirmar que a finalidade que o desenvolvimento sustentável se destina é aquela dada pela comunidade internacional, sempre destinada à manutenção daquilo que se entende por relevante e imprescindível à humanidade. Atualmente, esta preponderância, que nasce de uma concepção política que adere ao conceito e à norma jurídica, se concentra no aspecto do meio ambiente.

Esta, por conseguinte, a segunda conclusão significativa do presente estudo, a de que o conteúdo do desenvolvimento sustentável se alterou, altera-se e possivelmente ainda se alterará ao longo do tempo, mas atualmente corresponde àquele exposto.

Todavia, há que se salientar que mesmo com todas as alterações sofridas, um elemento jamais se modificou, o de que o conceito compatibiliza ordenamentos jurídicos para uma determinada finalidade. E aí é que reside sua juridicidade, seu núcleo normativo, o que corrobora a alegação que este é uma norma – de direito internacional público, no caso, eis que analisado este sistema jurídico.

Em razão disso, perquiriu-se, ainda ao longo do primeiro capítulo, qual a norma de direito internacional público que possui a característica de contemplar os anseios voláteis da comunidade internacional para uma determinada finalidade. Percebeu-se que as únicas possuidoras dessa capacidade são as normas oriundas da prática reiterada dos membros de tal comunidade, pois deixam transparecer o que seus integrantes, em determinado momento histórico, entendem por jurídico.

No caso do desenvolvimento sustentável, há, ainda, uma variante. Isso por que a norma em questão, além de consuetudinária, permite a integração harmônica de ordenamentos jurídicos que convivem no mesmo sistema, criando pontes de conexão e comunicação entre estes. Desta forma, não seria possível chegar a outra conclusão senão a de que o desenvolvimento sustentável é um princípio de direito internacional público, de recente afirmação e em constante evolução.

Essa constatação permite (e permitiu, ao longo do trabalho) afastar diversas críticas ao “conceito”, destinadas a lhe negar a juridicidade. A principal delas é a crítica da indeterminação.

Ora, se há algum problema com a conceituação do desenvolvimento sustentável enquanto norma de direito internacional público, este reside na capacidade de se operar a diferença entre regras e normas, bem como identificar os princípios deste sistema jurídico.

Consoante já salientado, o desenvolvimento sustentável possui uma textura volátil, que pode se alterar em cada caso concreto, possuindo um núcleo normativo, consistente em viabilizar a integração entre diversos ordenamentos jurídicos. Há outras normas de direito internacional público – essas indiscutíveis – que possuem características parecidas e similares, para não dizer idênticas, das quais se cita o exemplo da dignidade da pessoa humana e do *pacta sunt servanda*.

Quanto à primeira, pode-se afirmar com tranquilidade que será impossível a qualquer pesquisador definir com precisão o que se enquadra ou não como digno da pessoa humana de uma forma abstrata, sem analisar um caso concreto. Isso por que há variáveis bastante significativas, como o referencial normativo que se adota, a cultura do povo em questão e o momento histórico que se observa. A norma é, pois

indeterminada, eis que não possui um método rígido de aplicação, alterando-se conforme cada caso concreto.

No que tange à segunda, a própria Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados é a maior prova de que não há um só método para definir a extensão e a amplitude de uma obrigação contraída, quanto mais para se afirmar, de forma precisa e por meio de um mecanismo rígido, a que se obrigou determinada parte quando contraiu uma obrigação. Em outras palavras, embora não se questione a necessidade de cumprimento aos pactos (finalidade da norma estabelecida), o teor da obrigação é perfeitamente discutível e dependente de uma série de variáveis (teor da norma).

Pode-se perceber que ambas são normas de direito internacional público, compreendidas como normas consuetudinárias e, por diversos autores, categorizadas como princípios – seja por que preenchem lacunas do sistema internacional, seja por que são reconhecidos como tal por diversas nações civilizadas. Da mesma forma, pode-se verificar que ambas são indeterminadas, eis que sua aplicação é marcada pela volatilidade em função dos casos concretos a que se referem, mas que possuem um núcleo jurídico duro.

São, portanto, normas com textura distinta, que se moldam a diversas situações sem, por isso, deixar de possuir conteúdo normativo; tal qual o desenvolvimento sustentável. Em segundo lugar, não se pode negar o caráter de norma simplesmente pelo fato de esta não oferecer, por si, um teste prático destinado a permitir a conclusão do que é ou não sustentável.

Ora, ao longo do presente estudo se observou ser o referencial adotado que dirá o que é ou não sustentável. Esse referencial, no plano do direito internacional público, corresponde ao ordenamento jurídico da economia (limitado, nesta análise, aos acordos do sistema GATT/OMC), do meio ambiente e dos direitos sociais envolvidos nas consequências desta interação.

A sustentabilidade advirá do respeito a todas as normas, tendo como finalidade última, atualmente, a proteção das bases naturais sobre as quais se assenta a vida na Terra. O que marca a atuação jurídica do princípio é, portanto, criar pontes de intersecção e de interação harmônica entre os ordenamentos envolvidos em um caso concreto.

Portanto, como terceiro ponto a ser destacado pelo presente estudo é a condição do desenvolvimento sustentável enquanto princípio de direito internacional público voltado à integração dos ordenamentos jurídicos do meio ambiente, economia e de aspectos sociais ligados à interação dos outros dois elementos, compatibilizando suas normas para

atingir a finalidade de manutenção daquilo que é essencial para a continuidade da coexistência entre todas.

O segundo capítulo, em seu papel descritivo, limitou-se a esclarecer conceitos, dissecar os dois ordenamentos jurídicos com os quais o presente estudo se propôs a trabalhar e, finalmente, identificar quais os *loci* propícios para a ação do princípio do desenvolvimento sustentável enquanto princípio de direito internacional público, voltado a compatibilizar uma ação unilateral destinada ao adimplemento de uma obrigação contraída em um ordenamento por meio do uso de uma ferramenta prevista no outro.

Relevante destacar, como conclusão do segundo momento do estudo que ora se finda, que o desenvolvimento sustentável foi abraçado tanto pelo ordenamento jurídico GATT/OMC quanto pelo das mudanças climáticas como norma interna, que produz efeitos endógenos. Esses efeitos consistem no direcionamento das políticas e das futuras normas que serão adotadas, bem como na interpretação daquelas que já existem no âmbito de cada um dos respectivos.

Isso se mostrou particularmente verdadeiro ao se analisar com o devido vagar a jurisprudência dos painéis e do Órgão de Apelação, que não hesitou em utilizar o desenvolvimento sustentável como cânone interpretativo para verificar o que se pode ter por compatível com o ordenamento GATT/OMC. Nesse aspecto, muito elucidativos os entendimentos adotados nos casos *US-Shrimp/Turtle* e *Brazil-Retreated Tyres*.

Os mecanismos do Órgão de Solução de Controvérsias, ao que tudo indica, abarcaram a evolução interpretativa do conceito do desenvolvimento sustentável e, atualmente, dominam o manejo do princípio enquanto norma interna aos acordos, com efeitos endógenos. O presente estudo buscou revelar que, para que haja compatibilização efetiva entre os diversos ordenamentos do sistema de direito internacional público, não basta observá-lo como norma endógena, mas, sobretudo, compreender e aplicar seus efeitos exógenos, partindo do pressuposto que esta é um princípio afeto àquele sistema.

Ao longo da investigação sobre qual a janela normativa que permite a construção de pontos de intersecção entre o ordenamento do comércio internacional e das mudanças climáticas, concluiu-se que esta se identifica com o artigo XX do acordo GATT, o qual prevê as exceções gerais ao comércio internacional de bens. Dentre as diversas, verificou-se, sem grandes dificuldades, que as alíneas (b) e (g) do mencionado contemplam a perfeita interação entre os ordenamentos analisados, por tratarem, mormente de aspectos ambientais.

Nesse momento adentrou-se ao terceiro e derradeiro capítulo, no qual se teve a ocasião de investigar e se concluir pela total possibilidade de compatibilização das obrigações contraídas no seio do ordenamento jurídico das mudanças climáticas e do comércio internacional de bens (sistema GATT/OMC) por meio da ação do desenvolvimento sustentável, enquanto princípio de direito internacional público.

Isso em razão do efeito exógeno que a norma exerce sobre os ordenamentos, obrigando que haja harmonia com vistas à manutenção das bases naturais sobre as quais se assenta a vida na Terra. Trata-se, em última análise, de uma pequena, mas significativa, mudança de eixo e foco interpretativo.

Com efeito, a estabilização do sistema climático é uma preocupação comum da humanidade, tal qual admitida em convenção para o qual assentiu a larga maioria da comunidade internacional – a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança no Clima.

São legítimas, nos termos do tratado, as ações tomadas pelos signatários para refrear o aquecimento global, inclusive nos percentuais estabelecidos no anexo, como decorrência da norma endógena das responsabilidades comuns, mas diferenciadas. A tomada de tais ações, mais que regulares nos termos do tratado, são obrigações contraídas pelos signatários no seio deste.

Quanto determinado membro da comunidade internacional, assim, age no sentido de conferir efetividade à obrigação de direito internacional para a qual aquela prestou seu aceite de forma expressa, há que se concluir que tal ação é legítima na medida em que esta se revele proporcional aos fins a que se destina e não implique na anulação de outras normas de direito internacional de idêntico quilate.

Essa ação unilateral, quando altere um padrão de consumo e, afete o acesso a mercado(s) de um determinado bem ou produto, atrairá para o caso concreto, a aplicabilidade do ordenamento jurídico do GATT/OMC. O papel do desenvolvimento sustentável, enquanto princípio de direito internacional, é justamente permitir a convivência harmônica de ambos os regramentos jurídicos, por meio da construção de canais de intersecção entre estes que permitam sua coexistência com vistas à manutenção das bases naturais sobre as quais se assenta a vida na Terra.

Dessa forma, o mecanismo normativo que dá vazão aos efeitos do princípio é o artigo XX(b) e (g) do GATT, e o ponto nodal da questão reside justamente em definir se a medida é justificável e/ou se constitui um meio de discriminação arbitrária ao comércio internacional de bens.

É neste ponto que reside o diferencial do presente estudo. Caso se adote, no âmbito do ordenamento GATT/OMC, apenas o efeito endógeno que a norma emana, será demasiado difícil compreender pela justificação de determinada medida, eis que não haverá horizonte por meio do qual se enxergar o momento com que o Estado afetado assentiu para a prática da barreira climática em questão.

Da mesma forma, será pouco provável a adoção do entendimento no sentido de que a barreira climática unilateral imposta não é uma discriminação arbitrária ao comércio internacional, eis que não se permite vislumbrar por meio de qual instrumento jurídico se permitiu a aplicabilidade de restrições em intensidades distintas para cada Estado que se considerar afetado.

A atuação do desenvolvimento sustentável na imposição de barreiras climáticas ao comércio internacional de bens, portanto, se dá do ponto de vista exógeno, enquanto princípio de direito internacional público. Esta, outra conclusão significativa do presente estudo.

E esta atuação se destina a fundir os ordenamentos jurídicos supostamente contrapostos (no caso, o das mudanças climáticas com o do sistema GATT/OMC), de modo que a obrigação em um deles se transmude também como obrigação do outro, forçando que haja uma compatibilização. É este o diferencial interpretativo que se concluiu ser possível, a partir do pressuposto de que o desenvolvimento sustentável é um princípio de direito internacional público.

A partir dessa compreensão, pode-se perceber e, ao final, concluir, que é possível e mais, necessário, entender como justificada nos termos do artigo XX do GATT uma barreira climática adotada com fundamento em outro tratado de direito internacional público, desde que atenda aos critérios de enquadramento em uma ou mais alíneas do dispositivo – consideradas a (b) ou (g).

Isso em razão de o desenvolvimento sustentável, enquanto princípio de direito internacional, efetuar o transporte da obrigação daquele para este acordo, criando pontos de intersecção e viabilizando o preenchimento de lacunas entre os diversos ordenamentos jurídicos do mesmo sistema, com vistas a dar vazão ao conteúdo final do princípio: a manutenção das bases sobre as quais a vida na Terra se sustenta.

É certo que o entendimento e a conclusão a que chegam o presente estudo são totalmente passíveis de críticas e contrapontos. Todavia, com a humildade inerente a qualquer pesquisa que se pretenda científica, é de se ter por assente que a lógica da concatenação dos argumentos despendidos ao longo do percurso decorreu de lúcida

análise empírica de diversas fontes de direito internacional público e de suas interconexões, revelando, assim, seu embasamento fático.

Ainda, todas foram fundamentadas em detida análise da bibliografia disponível sobre o tema, desde a parca nacional até a mais abundante encontrada em outros países. Dessa forma, também o fundamento teórico e argumentativo possui sólido alicerce.

A atualidade e a riqueza do tema, sobretudo depois da pesquisa, deixam ainda mais problemas sem resposta e revelam a existência de diversos outros pontos que permanecem controvertidos, notadamente no que toca à possibilidade de imposição de tais barreiras, levando em consideração o processo de produção dos bens – possibilitando avaliar, assim, aspectos relacionados ao uso dos recursos naturais em conformidade com os ordenamentos internacionais, bem como de respeito aos direitos humanos.

Tais incursões teóricas, todavia, demandam um aprofundamento que transcende os limites de um curso de mestrado, os quais se espera ter ocasião de trilhar oportunamente.

Todavia, é certo que o caminho para investigar tais questões com a necessária seriedade científica e consistência teórica, resta, em muito, facilitado pela conclusão do presente estudo e o modo como foi dado enfrentamento a tão complexo e fascinante tema no campo do direito internacional.

REFERÊNCIAS

- AFRICAN UNION. **African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources**. Maputo, 2003. Disponível em: <<http://www.african-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/nature%20and%20natural%20resource.pdf>>. Acesso em 16 maio 2012.
- ALLOT, Philip. The Concept of International Law. **European Journal of International Law**. v. 10, n. 2, p.31-50, 1999.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). **Meio Ambiente e Comércio Internacional**. Barueri: Manole, 2010.
- ANZILOTTI, Dionisio. **Corso di Diritto Internazionale**. Padova: CEDAM, 1964.
- AKHTARKHAVARI, Afshin. Power, Environmental Principles and the International Court of Justice. **Australian Year Book of International Law**, v. 28, p. 91-129, 2009.
- ARAUJO, Nadia. Controversias Comerciais Internacionais: os princípios do DCI e os Laudos do Mercosul. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (Org). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: FUNAG, 2007.
- ASEAN. **Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources**. Kuala Lumpur, 9 jul. 1985. Disponível em: <<http://www.aseansec.org/1490.htm>>. Acesso em 15 maio 2012.
- AVAFIA, Tenu. Does the WTO's Dispute Settlement Understanding Promotes Sustainable Development? In GEHRING, Markus W; SEGGER, Marie-Claire Cordonnier. **Sustainable Development in World Trade Law**. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). **10 Anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Imesp, 2002.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie et al. **Environment and Trade: A Guide to WTO Jurisprudence**. London: Earthscan, 2006.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. **International Law & The Environment**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BODANSKY, Daniel. What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment? **EJIL**, Firenze, v. 11, n. 2, p. 339-348, 2000.

BORGEN, Christopher. Resolving Treaty Conflicts. **The George Washington International Law Review**, Washington, v. 37, n. 573, p. 604-605, jun. 2005.

BORGHT, Kim Van Der. The Review of The WTO Understanding on Dispute Settlement: Some Reflections on the Current Debate. **American University International Law Review**, v. 14, p. 1223-1243, 1999.

BOWEN, Brandon. The World Trade Organization and Its Interpretation of Article XX Exceptions to the General Agreement on Tariffs and Trade, in Light of Recent Developments. **Georgia Journal of International and Comparative Law**. v. 29, p.181-202, 2001.

BOYLE, Alan. Derecho internacional y desarrollo sustentable. **Estudios Internacionales**, Santiago, v. 37, n. 147, p. 5-29, out. 2004.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 20 maio 2012.

BROWNLIE, Ian. **Principles of International Law**. 5.. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

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

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

CARPATHIAN CONVENTION. **Convenção-Quadro sobre a Proteção e o Desenvolvimento Sustentável dos Cárpatos**. Kiev, 2003. Disponível em: <<http://www.carpathianconvention.org/>>. Acesso em 15 maio 2012.

CARSON, Rachel L. **Primavera Silenciosa**. Trad. Claudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Gaia, 2010.

CARTY, Anthony. Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law. **European Journal of International Law**, v. 2, n. 1, 1991.

CASS, Deborah Z. The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade. **European Journal of International Law**, v. 12, n. 1, p. 39-75, 2001.

CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CASTAÑEDA, Jose O. The World Bank Adopts Environmental Impact Assessments. **Pace International Law Review**, White Plains, v. 4, n. 1, jan. 1992. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1107&context=pilr>>. Acesso em: 17 maio 2012.

CHAMBERS, Paul E.; KOHN, Robert E. Environmental Barriers to Trade: The Case of Endangered Sea Turtles. **Review of International Economics**, v. 9, n. 1, p. 123-132, 2001.

CHARNOVITZ, Steve. **Exploring the environmental exceptions in GATT article XX**. [S.l.: s.n.], 1991. Disponível em: <<http://www.charnovitz.org/JWT.htm>>. Acesso em 4 mar. 2013.

_____. Opening the WTO to nongovernmental interests. **Fordham International Law Journal**, v. 24, p. 173-216, 2001.

_____. Environment and Health Under WTO Dispute Settlement. **International Law Journal**, v. 32, p. 902-921, 1998.

CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues. **EJIL**, Firenze, v. 11, n. 2, p. 315-338, 2000.

CHENG, Bin. **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

CHINKIN, Christine. The state that acts alone: bully, good Samaritan or iconoclast? **EJIL**, Firenze, v. 11, n. 1, p. 31-41, 2000.

CONFORTI, Benedetto. **Diritto Internazionale**. Napoli: Editoriale Scientifica, 1999.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia da Paisagem. Florença**, 2000. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/heritage/landscape/versionconvention/portuguese.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2012.

CONVENTION for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region. Nouméa, 1986. Disponível em: <<http://www.ecolex.org/ecolex/ledge/view/RecordDetails?id=TRE-000892&index=treaties>>. Acesso em: 15 maio 2012.

CONVENTION on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context. Espoo, 1991. Disponível em: <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextenglish.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2012.

D'ASPREMONT, Jean. Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials. **European Journal of International Law**. v. 19, n. 5, p. 1075-1093, 2008.

DANTAS, Adriana. **Subsídios Agrícolas: Regulação Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **A Soberania Nacional e a Proteção Ambiental Internacional**. São Paulo: Verbatim, 2009.

- DAS, Bhagirath Lal. **The World Trade Organization**. London: Zed Books, 2000.
- DAVEY, William J. The WTO Dispute Settlement System. **Journal of International Economic Law**, v. 3, n. 1, p. 15-18, 2000.
- DEAN, Judith M. **Trade and the Environment: A Survey of the Literature**. Background Paper Prepared for the World Development Report 1992. Washington: School of Advanced International Studies Johns Hopkins University, 1992.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DERNBACH, John. Achieving sustainable development: the centrality and multiple facets of integrated decisionmaking. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, n.1, 2003.
- DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- DIMATTEO, Larry et al. **The Doha Declaration and Beyond: Giving a Voice to Non-Trade Concerns Within the WTO Trade Regime**. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 36, p. 95-160, 2003.
- DUPUY, Pierre-Marie. Soft Law and the International Law of The Environment. **Michigan Journal of International Law**, Michigan, v.12, n. 2, p. 420-435, 1991.
- EDERINGTON, Josh. Is environmental Policy a Secondary Trade Barrier? An Empirical Analysis. **The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economique**, v. 36, n. 1, p. 137-154, fev. 2003.
- EEIJIMA, Nina. Sustainable development and the search for a better environment, a better world: a work in progress. **UCLA Journal of Environmental Law & Policy**, v. 18, n.1, 2000.
- EWING-CHOW, Michael; SOH, Darryl. Pain, gain, or shame: the evolution of environmental law and the role of multinational corporations. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n.1, 2009.

FABRA, A. The LOSC and the Implementation of the Precautionary Principle. In: BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen. **Yearbook of International Environmental Law**, Oxford, v. 10, n. 1, p. 15-24, 1999.

FITZMAURICE, Gerald. **The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law**. Haia: Recueil des cours, v. 92, 1957.

FITZMAURICE, Malgosia A. **International protection of the environment**. Haia: Recueil des cours, v. 293, p. 9-488, 2001.

FONSECA; Karla Closs; RUSCHEL, Caroline Vieira. Barreiras Ambientais: proteção ao meio ambiente ou interesse econômico? In BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org). **Direito Ambiental e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

FONTANELLI, Filippo. Necessity Killed the GATT - Art XX GATT and the Misleading Rhetoric about 'Weighing and Balancing'. **EJIL**, Firenze, v. 5, n. 2, p. 36-56, jan. 2013.

FRANCIONI, Francesco. International Law as a Common Language for National Courts. **Texas International Law Journal**. Vol. 36, 2001, p.587-598.

FREESTONE, David. Caution or Precaution: "A Rose by Any Other Name . . .?". In: BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen. **Yearbook of International Environmental Law**, Oxford, v. 10, n. 1, p. 25-32, 1999

_____. The road from Rio: International Environmental Law After the Earth Summit. **Journal of Environmental Law**, Oxford, v. 6, n. 2, p. 193-218, 1994.

_____; HEY, E. **The Precautionary Principle and International Law**. Netherlands: Luwer Law International, 1995.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FRENCH, Duncan. **International Law and Policy of Sustainable Development**. Manchester: Manchester University Press, 2005.

GABČÍKOVO-NAGYMAROS PROJECT (Hungary/Slovakia), Judgment, **I.C.J. Reports**. 1997. Separate Opinion of Vice-President Weeramantry.

GAINES, Sanford. The WTO's Reading of GATT Article XX Chapeau: a Disguised Restriction on Environmental Measures. **Pennsylvania Journal of International Economic Law**, Philadelphia, v. 22, n. 4, 2001.

GEHRING, Markus W. Sustainable Development in World Trade Law. In: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. **Sustainable Development in International and National Law: What did the Brundtland Report do to Legal Thinking and Legal Development, and Where can we go From Here?** Gronigen: Europa Law Publishing, 2008.

GEHRING, Markus W; SEGGER, Marie-Claire Cordonnier. **Sustainable Development in World Trade Law**. Haia: Kluwer Law International, 2005.

GIOIA, Andrea. **Manuale Breve di Diritto Internazionale**. Milão: Giuffrè Editore, 2006.

GOMES, Eduardo B.; BULZICO, Bettina (Org.). **Sustentabilidade, Desenvolvimento e Democracia**. Ijuí: Unijuí, 2010.

GUNDLING, L. The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action. **International Journal of Estuarine and Coastal Law**, v. 5, p. 23-30, 1990.

HODU, Yenkong Ngangjoh. The Concept of Attribution and State Responsibility in the WTO Treaty System. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 4, p. 62-72, 2007.

HOSSAIN, Kamrul. The Concept of Jus Cogens And The Obligation Under The U.N. Charter. **Santa Clara Journal of International Law**, v. 3, p. 72-98, 2005.

HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle **Case**: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. **Columbia Journal of Environmental Law**, 2002. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/articles/howsheshrimp.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

HOWLEY, Jessica. The Gabčíkovo-Nagymaros Case: The Influence of the International Court of Justice on the Law on Sustainable Development. **Queensland Law Student Review**, Queensland, v. 2, n. 1, 2009.

ICJ. Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, **I.C. J. Reports**, 1996. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2012.

_____. North Sea Continental Shelf. Judgment, **I.C.J. Reports**, 1969. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>> Acesso em: 20 maio 2012.

_____. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, **I.C.J. Reports**, 2006. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2012.

_____. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, **I.C.J. Reports**, 2010. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2012.

JACKSON, John. Dispute Settlement and the WTO Emerging Problems. **Journal of International Economic Law**, p. 329-351, 1998.

JOHNSON, Donald. What Future For The Doha Development Agenda and The Multilateral Negotiating Regime. **American Society of International Law**, v. 101, 2007.

KOLSTAD, Charles D. **Environmental Economics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000.

KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. **Report of the Study Group of the International Law Commission**. Geneva, 2006. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2012.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo: O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; Marconi, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

LAMY, Pascal. Foreword . In SAMSON, Gary P. **The WTO and Sustainable Development**. United Nations University Press: New York, 2005.

LOCKHART, John; VOON, Tania. Reviewing Appellate Review in the WTO Dispute Settlement System. **Melbourne Journal of International Law**, v. 6, 2005.

LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In BOYLE, Alan; FREESTONE, David. **International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. Does the WTO Dispute Settlement Understanding Promote Sustainable Development? Preface. In GEHRING, Markus W; SEGGER, Marie-Claire Cordonnier. **Sustainable Development in World Trade Law**. Haia: Kluwer Law International, 2005.

LUBY, Ryan. Toward an econometric model of Guzman's theory of customary international law. **American Economist**, v. 56, n. 2, 2011.

MANN, Frederick Alexander. **The doctrine of jurisdiction in international law**. Recueil des cours. Leiden: Sijthoff, 1964.

_____. **The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years.** Haia: Recueil des cours, v. 186, 1984.

MARCHISIO, Sergio. Il diritto Internazionale ambientale da Rio a Johannesburg. In VECCHIO, Angela Del; DAL RI JÚNIOR, Arno (Org.). **Il Diritto Internazionale Dell'Ambiente Dopo Il Vertice Di Johannesburg.** Napoli: Editoriale Scientifica, 2005.

MAVROIDIS, P. C. Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation. **Journal of World Trade.** v. 34, n. 1, p. 73-89, fev. 2000.

MONTINI, Massimiliano. Sustainable Development within the Climate Change Regime. In BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. **Sustainable Development in International and National Law: What did the Brundtland Report do to Legal Thinking and Legal Development, and Where can we go From Here?** Gronigen: Europa Law Publishing, 2008.

MORE, Rodrigo Fernandes. **A poluição do meio ambiente marinho e o princípio da precaução.** Teresina, 1998. Disponível em: <<http://www.more.com.br/artigos/Polui%E7%E3o%20do%20MA%20marinho%20e%20o%20princ%EDpio%20da%20precau%E7%E3o.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2008.

MUNRO, R. D.; LAMMERS, J. G.; WEISS, E. B.. Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations. **American Journal of International Law,** Washington, v. 83, n. 3, 1989.

MURPHY, Sean. The Making of International Law. **American Journal of International Law,** v. 104, n. 4, oct. 2010.

NAFZIGER, James. Basic functions and principles of international environmental law in the context of managing water resources. **Denver Journal of International Law and Policy,** v. 39, n. 3, 2011.

NATIONAL LAW SCHOOL OF INDIA UNIVERSITY. Center for Environmental Law Education Research & Advocacy. **The Pulp Mills**

on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) decided by International Court of Justice. Disponível em: <<http://www.nlsenlaw.org/environmental-law/international/case-laws/the-pulp-mills-on-the-river-uruguay-argentina-v-uruguay-decided-by-international-court-of-justice>>. Acesso em: 19 maio 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. **Princípios Jurídicos e Jurisprudência Socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ONG, David M. The Impact of Environmental Law on Corporate Governance: International and Comparative Perspectives. **European Journal of International Law**, v. 12, n. 4, p. 685-726, 2001.

ONU. Comissão Econômica para a Europa. **Projeto de Protocolo Relativo à Avaliação Ambiental Estratégica**. Kiev, 2003. Disponível em: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/Protocol_Portuguese_EC.pdf>. Acesso em: 17 maio 2012.

_____. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2012

_____. **O Futuro que Queremos**. 2012. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/10/PDF/N1147610.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

OPPENHEIM, L. **International law: a treatise**. Nova Iorque: Longmans Green and Co., 1905.

ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY. **African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources**. Adopted in 15 September 1968; entered into force on 16 June 1969. Disponível em: <http://au.int/en/sites/default/files/AFRICAN_CONVENTION_CONSERVATION_NATURE_AND_NATURAL_RESOURCES.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012.

OSPAR CONVENTION. Paris, 1992. Disponível em:
<http://www.ospar.org/html_documents/ospar/html/ospar_convention_e_updated_text_2007.pdf>. Acesso em: 17 maio 2012.

PALMETER, David. The WTO as a Legal System. **Fordham International Law Journal**, v. 24, p. 444-480, 2001.

PANITCHPAKDI, Pachai. Foreword. **In The Road to Rio + 20: for a development-led green economy**. UNCTAD: Nova Iorque, 2011.

PAUWELYN, Joost. Recent Books on Trade and Environment: GATT Phantoms Still Haunt the WTO. **European Journal of International Law**. v. 15, n. 3, p. 575-592, 2004.

PEREZ, Oscar. **Ecological Sensivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environmental Conflict**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. **Meio Ambiente e Comércio Internacional**. Curitiba: Juruá, 2010.

RAJAMANI, Lavanya. The Increasing Currency and Relevance of Rights-Based Perspectives in the International Negotiations on Climate Change. **Journal of Environmental Law**, v. 22, n. 3, p. 391-429, 2010.

RIO+20 é o maior evento já realizado pela ONU. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 22 jun. 2012. Disponível em:
<<http://www.jb.com.br/ambiental/noticias/2012/06/22/rio20-e-o-maior-evento-ja-realizado-pela-onu-diz-porta-voz/>>. Acesso em: 10 jan. 2013

ROMANO, Patricia. Sustainable development: a strategy that reflects the effects of globalization on the international power structure. **Houston Journal of International Law**, v. 23, n. 1, 2000.

ROSENNE, Shabtai. **The perplexities of modern international law: general course on public international law**. Haia: Recueil des cours, v. 291, 2001.

SAMPSON, Gary P. **The World Trade Organization and Sustainable Development**. Nova Iorque: United Nations University, 2005.

SANDS, Philippe. *International Courts and the Application of the Concept of “Sustainable Development”*. Max Planck Institute: **UNYB** 3, p. 389-405, 1999.

_____. **Principles of International Environmental Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. *International Law in the field of Sustainable Development*. **British Yearbook of International Law**, v. 65, n. 1, p. 303-381, 1994.

_____. ‘Unilateralism’, Values, and International Law. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 2, p. 291-302, 2000.

SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Org.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SCHRIJVER, Nico. **Development Without Destruction: The UN and Global Resource Management**. Bloomington: Indiana University Press, 2010.

_____. **The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008a.

_____. **Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties**. Cambridge : Cambridge University Press, 2008b.

SEGGER, Marie-Claire Cordonier. *Sustainable Development in International Law*. In: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. **Sustainable Development in International and National Law: What did the Brundtland Report do to Legal Thinking and Legal Development, and Where can we go From Here?** Gronigen: Europa Law Publishing, 2008.

_____; KHALFAN, Ashfaq. **Sustainable Development Law: Principles, Practices and Prospects**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Sustainability, global justice, and the law: contributions of the Hon. Justice Charles Doherty Gonthier. **McGill Law Journal**, v. 55, n. 2, jul. 2010.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. **International economic law: general course on public international law**. Haia: Recueil des cours, 1986. v. 198.

SHAFFER, Gregory. The World Trade Organization under Challenge: Democracy and the Law and Politics of the WTO's Treatment of Trade and Environment Matters. **Harvard Environmental Law Review**, v. 25, p. 1-93, 2001.

SHAW, S.; SCHWARTZ, R. Trade and Environment in the WTO: State of Play. **Journal of World Trade**, v. 36, n. 1, p. 129-154, fev. 2002.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional: Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Thex, 1995.

SILVA, Solange Teles da. **O Direito Ambiental Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SINDICO, Francesco. **Unravelling the Trade and Environmental Debate through Sustainable Development Law Principles**. Disponível em: <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Sindico_0.PDF>. Acesso em: 3 jun. 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2003.

SOBRE a Rio + 20. [2012?]. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html>. Acesso em: 19 maio 2012.

STRONG, Maurice. **Discurso na Cerimônia de Encerramento da Conferência do Rio**. 14 jun. 1992.

TLADI, Dire. **Sustainable Development In International Law**. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2007.

TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1993.

UNITED NATIONS. **Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas**. Adopted in 29 Apr. 1958; Entered into force on 20 March 1966. Disponível em: <http://www.gc.noaa.gov/documents/8_1_1958_fishing.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012.

_____. **Gentini Case** (Italy v. Venezuela). Reports of International Arbitral Awards. v. X. 1903.

_____. **International technical conference on the conservation of the living resources of the sea**. Resolution 900 (IX), 14 December 1954. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/096/35/IMG/NR009635.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 13 fev. 2012.

_____. **Report of the Study Group on Fragmentation, A/CN.4/L.682**, 4 de abril de 2006, parágrafo 191. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2012.

_____. **Report of the World Commission on Environment and Development**. A/RES/42/187. 11 dez. 1987. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

_____. **Ten-year review of progress achieved in the implementation of the outcome of the United Nations Conference on Environment and Development**. A/RES/55/199. 2000. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/571/15/IMG/N0057115.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19 maio 2012.

_____. **United Nations Conference on Environment and Development**. A/RES/44/228. 1989. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/44/ares44-228.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

_____. **United Nations Framework Convention on Climate Change**. 1992. Disponível em:
 <http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtidsg_no=XXVII~7&chapter=27&Temp=mtidsg3&lang=en>. Acesso em: 15 maio 2012.

_____. (Org.). **World Charter for Nature**. Res. 37/7, adopted in 28 October 1982. Disponível em:
 <<http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

UNESCO (Org.). **Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat**. Ramsar Convention, adopted in 2 february 1971. Disponível em:
 <http://www.ramsar.org/cda/en/ramsar-documents-texts-convention-on/main/ramsar/1-31-38%5E20671_4000_0__>. Acesso em: 14 fev. 2012.

VICTOR, David. Recovering Sustainable Development. **Foreign Affairs**, v. 85, n. 1, jan./fev. 2006.

VOIGT, Christina. **Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

_____. Sustainable Security. **Yearbook of International Environmental Law**, p. 163-196, 2009.

VRANES, Erich. **Trade and Environment: Fundamental Issues in International law, WTO Law and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory. **European Journal of International Law**, v. 17, n. 2, p. 395-418, 2006.

WAI, Robert. Countering, Branding, Dealing: Using Economic and Social Rights in and around the International Trade Regime. **European Journal of International Law**, v. 14, n. 1, p. 35-84, 2003.

WALKER, Vern. Keeping the WTO from Becoming the “World Trans-science Organization”: Scientific Uncertainty, Science Policy, and Factfinding in the Growth Hormones Dispute. **Cornell International Law Journal**, v. 31, p. 251-320, 1998.

WATSON, G.R. **The Oslo Accords: International Law and the Israeli-Palestinian Peace Agreement**. New York: Oxford University Press, 2000.

WEERAMANTRY, Christopher. **Universalizing International Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004

WINTER, Gerd. The GATT and Environmental Protection: Problems of Construction. **Journal of Environmental Law**, v. 15, n. 2, 2003.

WOLD, Chris; GAINES, Sanford; BLOCK, Greg. **Trade and the environment: law and policy**. Durham: Carolina Academic Press, 2011.

YAMIN, F; DEPLEDGE, J. **The International Climate Change Regime: A Guide to Rules, Institutions and Procedures**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ZARSKY, Lyuba; HUNTER, Jason. Environmental Cooperation at APEC: The First Five Years. **The Journal of Environment & Development**, San Diego, v. 6, n. 3, p. 222-251, 1997.