

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO

Marcelo D. Varella

LIMITES DAS CAPACIDADES DE
ATUAÇÃO NACIONAL
EM MATÉRIA AMBIENTAL

VARELLA, Marcelo D.
LIMITES DAS CAPACIDADES DE ATUAÇÃO NACIONAL
EM MATÉRIA AMBIENTAL
R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 183 (490): 105-138, set/dez. 2022

Rio de Janeiro
set/dez. 2022

LIMITES DAS CAPACIDADES DE ATUAÇÃO NACIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

THE LIMITS OF NATIONAL COMPETENCES IN ENVIRONMENTAL MATTERS

MARCELO D. VARELLA¹

Resumo:

O interesse global pela proteção do meio ambiente gera limites para o exercício das capacidades soberanas dos Estados, tanto para os países ricos, mas sobretudo para países em desenvolvimento, como o Brasil. Esses limites decorrem de mecanismos públicos, a partir de regras em tratados bilaterais, multilaterais, ou de organizações internacionais, como também de instrumentos privados, como padrões instituídos em cadeias produtivas, para responsabilidade ambiental corporativa ou para aplicação de recursos em fundos de investimento. O presente artigo apresenta as transformações progressivas do direito público, nacional e internacional, que limitam as possibilidades de escolha dos agentes para em seguida se debruçar sobre políticas públicas para a proteção ambiental focadas nos atores privados. No âmbito do direito internacional público, discute-se a influência da OMC, da ONU, do Acordo Mercosul-União Europeia e da OCDE. No âmbito do direito privado, discute-se a influência das relações contratuais e das cadeias produtivas globais

Palavras-chave: direito ambiental, Amazônia, soberania, direito privado e meio ambiente.

Abstract:

The global interest in environmental protection generates limits to the exercise of the sovereign capacities of states, both for rich countries and, above all, for developing countries like Brazil. These limits derive from public mechanisms, from rules in bilateral or multilateral treaties, or from international organizations, as well as from private instruments such as standards developed for production chains, either for corporate environmental responsibility or for the application of resources in investment funds. The article shows, firstly, the progressive transformations in national and international public law that limit the possibilities of choice for agents. Secondly, we address public policies for environmental protection focused on private actors. In the field of public international law, we discuss, on the one hand, the influence of the WTO, the UN, the Mercosur-European Union agreement and the OECD. On the other hand, we examine the influence of contractual relations and global production chains in the realm of private law.

Keywords: *environmental law; Amazon; sovereignty; environment and private law.*

O interesse global pela proteção do meio ambiente gera limites para o exercício das capacidades soberanas dos Estados, tanto para os países ricos, mas sobretudo para países em desenvolvimento, como o Brasil. Esses limites decorrem de mecanismos públicos, a partir de regras em tratados bilaterais, multilaterais, ou de organizações internacionais, como também de instrumentos privados, como padrões instituídos em cadeias

1 – Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Bolsista de Produtividade nível I do CNPq. Email: marcelodvarella@gmail.com.

produtivas, para responsabilidade ambiental corporativa ou para aplicação de recursos em fundos de investimento.

Ainda que um governo não atribua a devida importância ao meio ambiente, que enfraqueça as instituições existentes, que crie obstáculos jurídicos a proteção ambiental, os instrumentos jurídico-econômicos internacionais já são vinculantes o suficiente para oferecer uma barreira significativa a retrocessos e podem gerar incentivos para a indução à conformidade com as regras estabelecidas, ao menos no médio prazo. Na lógica deste artigo, quanto maior é o nível de integração jurídico-econômica global, maior a interdependência entre as nações, maior será a proteção do meio ambiente.

No contexto dos mecanismos públicos, nota-se a expansão de normas protetivas do meio ambiente, como os tratados multilaterais a favor do desenvolvimento sustentável; de vários temas específicos (biodiversidade, clima, poluição); regras específicas em tratados comerciais ambientais multilaterais com determinações mais benéficas para a proteção da natureza; ou com a possibilidade de exceção ao livre comércio por meio de barreiras alfandegárias, técnicas ou sanitárias em nome da proteção dos seres vivos, plantas e animais ou do meio ambiente como um todo. Neste contexto, nota-se a integração comercial global via Organização Mundial do Comércio, mas sobretudo recentemente, os acordos da OCDE, o acordo de livre comércio entre Mercosul e União Europeia, entre outros. No extremo, há ainda o fundamento ambiental para o exercício do direito de ingerência previsto no Capítulo VII da Carta da ONU, por meio do Conselho de Segurança da ONU que, como veremos, já foi utilizado em diversos casos, ainda que no contexto de outras violações graves.

No contexto do direito privado, há um conjunto crescente de regras jurídicas privadas que ora geram incentivos, ora criam mercados com títulos novos, artificiais, ora influenciam na tomada de decisão pelos gestores de empresas pela proteção ambiental. Nota-se que empresas, unilateralmente, determinam regras ambientais para os membros de suas cadeias produtivas, seguindo instrumentos de certificação ou regras próprias con-

troladas por meio de organizações não governamentais. Os Fundos de Investimento passam a priorizar projetos ou investimentos em empresas com ações na bolsa de valores que tenham uma preocupação com a proteção da natureza, que adotem regras ESG, metas do milênio, para que observem o desmatamento por outras empresas de suas cadeias produtivas.

Neste contexto, os Estados aproveitam o interesse dos atores privados para promover políticas públicas de proteção ambiental por meio do direito privado, como títulos de crédito, mercados de carbono, certificados de proteção da biodiversidade, entre outros. Para desenvolver esse tema, o artigo irá abordar primeiro as transformações progressivas do direito público, nacional e internacional, que limitam as possibilidades de escolha dos agentes para em seguida se debruçar sobre políticas públicas para a proteção ambiental focadas nos atores privados.

1 Os instrumentos de direito público

O direito internacional ambiental é caracterizado por ser preponderantemente não cogente, contudo já existem diversas normas, ambientais ou não, com poder de cogência suficiente para limitar a margem de apreciação dos Estados no tocante à proteção da natureza. O seu ganho de efetividade vem da construção de valores globais, onde se percebe a proteção da natureza como um problema comum, que já possibilitam a adoção de contramedidas contra Estados que deliberadamente decidem agir ou se omitir face à destruição da natureza.

Para estudar este tema, analisa-se a construção da proteção ambiental, tema bastante conhecido, mas apenas o suficiente para demonstrar a lógica subjacente e que ainda hoje permeia a interpretação que os principais atores têm deste ramo do direito, para em seguida estudar instrumentos específicos do direito internacional público – normas e jurisprudência –, que permitem uma ação mais incisiva da comunidade internacional.

a) A construção de valores globais como garantia

A construção do direito ambiental se preocupou inicialmente com a proteção de bens ambientais específicos, sobretudo a partir dos anos 1960, como poluição marítima, poluição transfronteiriça, animais ameaçados de extinção, recursos hídricos, camada de ozônio, biodiversidade, mudanças climáticas.² Logicamente, é possível encontrar tratados ambientais multilaterais desde o século XIX, mas o direito internacional ambiental ganha densidade a partir da segunda metade do século XX. Com o tempo, houve uma multiplicação de temas, atores e mecanismos de controle. Inicialmente, desenvolve-se por meio do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), mas não demora para que todo o sistema onusiano (UNESCO, FAO etc), mas também das instituições econômicas internacionais, como OCDE, BID, Banco Mundial, OMC e ICSID tornem-se terrenos férteis para a construção de regras ambientais.

A partir dos anos 1970, com a realização de grandes conferências internacionais ambientais, com praticamente todos os chefes de Estado do planeta, o direito internacional do meio ambiente absorve a lógica do direito do desenvolvimento consolidado no seio do sistema onusiano desde os anos 1950, com foco no desenvolvimento, na redução de desigualdades e da pobreza. Como é muito marcante na Conferência de Estocolmo, considera-se que a destruição da natureza ocorre nos dois extremos da pirâmide social global, tanto nos países ricos, pelo excesso de consumo e produção de lixo; quanto nos países pobres, pela falta de alternativas a não ser viver a partir do uso direto dos recursos naturais.

Dos anos 1990 em diante, houve a realização de conferências internacionais ambientais com mais de 100, 150, por vezes 170 chefes de Estados, o que revela a crescente importância dada ao tema. As conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992), População e Desenvolvimento (Cairo, 1994), Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995), Mulheres (Pequim, 1995), Estabelecimentos

2 – RÉMONG-GOUILLOUD, M. *Du Droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Paris, 1989.

Humanos ou Habitat II (Istambul, 1996). Esse movimento resultou em convenções-quadro, que posteriormente originaram dezenas de tratados multilaterais específicos de grande abrangência e que contribuíram para maior densidade do tratamento das questões ambientais no plano multilateral.

Houve uma resistência de alguns países em desenvolvimento à proteção ambiental, sobretudo nos anos 1970, com argumentos que por vezes são repetidos até os dias de hoje. Na Conferência Preparatória de Estocolmo, realizada em Founex, na Suíça, em 1971, o representante brasileiro teria declarado que a alegação da proteção ao meio ambiente era uma forma dos países ricos impedirem o desenvolvimento dos demais países e que Brasil era grande o suficiente para receber todas as indústrias poluentes do planeta. Kuo Mo Jo, presidente da Academia das Ciências Chinesa afirmava, a seu turno: “Não somos macacos e temos direito à mesma história que os países ocidentais”. Todas estas afirmações eram fundadas na existência do direito ao desenvolvimento que levava ao direito à destruição dos recursos naturais³. Chega a ser irônico rever esse mesmo discurso em outros momentos posteriores da história, fora do contexto inicial da proteção ambiental.

Durante os anos 1970, começa a se consolidar um conceito de eco-desenvolvimento. Face às críticas internacionais, migra-se para a ideia de desenvolvimento sustentável. O princípio da responsabilidade comum mas diferenciada, presente desde a Conferência de Estocolmo, ou seja, que todos os países do mundo devem proteger o meio ambiente, mas que os países em desenvolvimento merecem ajuda econômica e técnica para melhorar seu grau de proteção, repete-se em dezenas de normas internacionais até hoje.⁴

3 – Entrevista com o Senhor Ignacy Sachs, março de 2000. Alguns países desconfiam do direito internacional do meio ambiente até a metade dos anos oitenta. Confira a posição do Ministério das Relações Internacionais do Brasil. VIOLA, E., FERREIRA, L. D. C. *Incertezas de sustentabilidade na globalização*. Campinas: Unicamp, 1996, p. 41.

4 – Tivemos a oportunidade de trabalhar a evolução dos conceitos e da lógica ambiental em diversos textos anteriores. Para um maior aprofundamento, sugere-se VARELLA, M. D. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, disponível

Convenção sobre as mudanças climáticas:

Artigo 3º

1. É responsabilidade das partes a preservação do sistema climático no interesse das gerações presentes e futuras, na base da **equidade** e em função de suas **responsabilidades comuns, mas diferenciadas** e de suas **respectivas capacidades**. Conseqüentemente, cabe aos países desenvolvidos partes ficar na vanguarda da luta contra as mudanças climáticas e seus efeitos prejudiciais.

2. É conveniente levar totalmente em consideração as **necessidades específicas** e a situação especial dos países em desenvolvimento partes, notadamente aqueles particularmente vulneráveis aos efeitos prejudiciais das mudanças climáticas, assim como partes, sobretudo países em desenvolvimento partes, para os quais a Convenção imporia **obrigação desproporcionada ou anormal**.

A lógica pela qual o direito internacional do meio ambiente se expande de forma efetiva em todo o planeta, em praticamente todos os países, é distinta daquela do direito internacional econômico ou do direito humanitário, por exemplo. Caracteriza-se, por ser, quase sempre voluntário, com aderência gradual, a partir da aceitação progressiva de suas ideias pelos Estados. Segue um processo de integração horizontal, sem uma hierarquia evidente entre as normas. Constrói-se ao mesmo tempo no plano nacional, regional e internacional, a partir da expansão progressiva da adoção dos conceitos.⁵

O direito ambiental, com seus conceitos, é caracterizado por forte policronia, onde cada Estado aceita em níveis diferentes e *ao seu tempo* os conceitos traçados. Um exemplo interessante são os Estados Unidos da América, que iniciaram vários tratados ambientais, nos mais diversos temas, mas que acabam não ratificando vários textos adotados internacionalmente. As convenções quadro, que uniram grande quantidade de chefes de Estado, apenas foram possíveis porque adotavam uma linguagem pouco cogente, com várias expressões que permitiram níveis de cumprimento intermediário, tais como “na medida do possível”, “sempre que

vel em www.marcelodvarella.org

5 – VARELLA, M. D. *Internacionalização do direito*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 304

economicamente viável”, entre outras. Em seguida, os tratados são regulamentados pelas conferências das partes, em um processo de adensamento contínuo nas normas e redução das margens nacionais de interpretação. O processo se repete em quase todos os temas, mas pode-se citar à guisa de exemplo a regulação de organismos geneticamente modificados, o transporte de hidrocarbonetos, a poluição nuclear, o lixo espacial, cujas regras específicas de proteção se tornaram consensuais e universais.

Interessante notar que ao mesmo tempo em que se consolidou no direito internacional do meio ambiente, um direito dos países em desenvolvimento a cooperação técnica e a recursos financeiros dos países ricos, impede-se qualquer argumento de que haveria um direito dos países em desenvolvimento de destruir o meio ambiente ou mesmo de não serem punidos em caso de omissão face a degradação ambiental. Em outras palavras, há um dever de cooperação global, mas que implica em obrigações para todos os países do planeta.⁶

Com a universalização de valores ambientais em normas jurídicas nacionais, regionais e internacionais, nota-se também a melhoria dos instrumentos de controle da efetividade das normas. Inicialmente, os tratados multilaterais eram controlados sobretudo por relatórios voluntários, em que os próprios Estados indicavam o que e como estavam dando cumprimento ao tratado. Década a década, nota-se o aprimoramento dos instrumentos de controle, com relatórios cogentes, com metodologia pré-definida, auditoria externa, inspeções internacionais, possibilidade de contestação das informações prestados por outros Estados e mesmo por organizações não governamentais e criação de mercados a partir da geração de interesse econômico em torno dos bens protegidos, criação de mercados a partir da geração de interesse econômico em torno dos bens protegidos.

6 – SHELTON, D., *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international system*, Oxford: OUP, p. 12-14. A União Internacional para a Conservação da Natureza, por exemplo, preparou uma versão preliminar da Carta Mundial da Natureza, que foi enviada pela Assembleia Geral das Nações Unidas aos Estados, para receber seus comentários e foi aprovada posteriormente, pela AGONU, em 1982.

Nota-se, ainda, a criação de grupos internacionais, a exemplo da Convenção sobre a Proteção da Camada de Ozônio ou na Convenção sobre Mudanças Climáticas, na Convenção de Paris sobre a Prevenção da Poluição Marinha a partir de fontes terrestres. Certas organizações chegam a ter funções quase jurisdicionais, como a Comissão Conjunta entre Estados Unidos e Canadá, formada pelo Tratado de Águas Transfronteiriças, de 1909⁷. Assim, a cooperação recíproca, típica do antigo tratamento bilateral de temas compartilhados, cede espaço à cooperação coletiva⁸.

No tocante à percepção da “soberania sobre a natureza em seu território”, destaca-se uma alteração na percepção da natureza jurídica do meio ambiente. Há uma percepção que vários bens ambientais não são problema apenas dos Estados nacionais onde se localizam, mas passam a ser “preocupação internacional”, ou seja, a responsabilidade pela proteção passa a ser de todos os países. Não é algo novo. Os primeiros tratados ambientais, ainda no século XIX, já se referiam a proteção de animais transzonais e altamente migratórios. Com o tempo, a proteção de determinados animais passa a ser proibida internacionalmente, como baleias, focas marinhas, ursos polares, elefantes, seja em territórios comuns da humanidade, seja em zonas econômicas exclusivas ou mesmo no território dos Estados.

Entre os anos 1970 e 1980, nota-se um duplo movimento. Primeiro, em decorrência da discussão da nacionalização do petróleo pelos países árabes, há a construção de uma lógica de soberania sobre os recursos naturais, reforçadas em arbitragens internacionais, como Texaco-Calisatic⁹

7 – WOLFRUM, R. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1998, 272, p.49.

8 – IMPERIALI, C., *L'effectivité du droit international de l'environnement. Contrôle de la mis en oeuvre des conventions internationales*. Coopération et développement, Paris, Economica, 1998, p.26 e KISS, A., *Environnement et développement ou environnement et survie?* *Journal du Droit International*, 1991, 118, v. 2, p. 266.

9 – PAHUJA, S., *Decolonising international law, Development, economic growth and the politics of universality*, Cambridge, CUP, 2011, p. 119 e ss.

ou em resoluções da Assembleia Geral da ONU.¹⁰ A partir dos anos oitenta, há um movimento contrário, com a relativização da soberania, onde se repete um conceito tolerado pelos Estados com grandes áreas florestais ou megadiversos, que seria da preocupação comum da humanidade.

De certo modo, nos anos 1990, fortaleceu-se um contraponto com o direito internacional econômico, de lógica liberal, sobretudo no contexto da OMC, mas que não demora, a partir dos anos 2000 a encontrar pontos de equilíbrio, onde o direito internacional econômico passa a ser um mecanismo de fortalecimento da proteção da natureza, por meio dos seus instrumentos de controle mais cogentes.

Esse processo contribuiu para a criação de um subsistema jurídico que está presente em todos os ramos do direito internacional. Considera-se que o direito internacional do meio ambiente, além de um conjunto de regras e princípios com uma lógica própria, também é parte dos direitos humanos, do direito humanitário, do direito internacional econômico, da proteção cultural, entre tantos outros subsistemas jurídicos. Mais do que isso, a partir da adesão gradual, da sua policronia, da construção gradativa de sanções ambientais, é um conjunto de valores que se tornou realmente parte da preocupação global. Mesmo em países em desenvolvimento ou mais pobres, é possível observar uma forte preocupação pela proteção da natureza. Basta perguntar a qualquer pessoa na rua, em qualquer lugar do mundo, mesmo àqueles mais alijados do conhecimento sobre os processos de mundialização, se conhece a discussão sobre as mudanças climáticas ou proteção da natureza, e é muito provável que as pessoas, que sequer conhecem nomes dos países vizinhos ao seu, saibam inclusive explicar com certa coerência os principais temas ambientais.

A hipótese neste ponto é que essa densidade da preocupação ambiental local e global gera uma camada de resistência contra retrocessos, não apenas em relação a governos que toleram violações ao meio ambien-

10 – Resolução 3.281, de 12 de dezembro de 1974: Carta de direitos e deveres econômicos dos Estados - contém princípios para uma nova ordem econômica internacional e fala da soberania sobre os recursos naturais. *Texaco Calisatic v. Governo da Líbia* 104 J.D.I 319 1977

te, mas também uma resistência contra retrocessos nos próprios países onde ocorram. A consolidação do princípio da vedação do retrocesso, não reconhecido até há poucos anos pelo direito brasileiro, é uma forma de garantia jurídica contra o enfraquecimento das instituições de proteção ambiental.

No Brasil, por exemplo, houve a reação do Judiciário anulando diversos atos do Poder Executivo ou mesmo do Legislativo considerados como retrocessos na proteção ambiental, como por exemplo na redução da participação da sociedade civil ou de Governadores em colegiados ambientais (Conama, Fundo Nacional do Meio Ambiente, Fundo Amazônia, Conselho Nacional da Amazônia Legal e outros)¹¹, nos procedimentos criados para aplicação de multas, na alteração de procedimentos administrativos para reduzir a efetividade dos mecanismos de controle, falta de pessoal para o controle de queimadas, o que levou a Min. Carmen Lúcia, por exemplo em considerar um estado de coisas inconstitucional na política ambiental do Poder Executivo¹².

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, embora não caiba a STF escolher a política ambiental mais apropriada, há o dever constitucional de observância dos princípios da prevenção para a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da proibição do retrocesso ambiental, dos direitos fundamentais e do retrocesso democrático. Logicamente, reduz-se a margem de discricionariedade dos agentes políticos, responsáveis por políticas públicas, que passa a ser apenas ser focalizada entre as formas de se avançar a proteção, mas nunca de voltar atrás em instrumentos consolidados.

11 – Entre outras ações, destaca-se a ADPF 651, que julgou a constitucionalidade dos Decreto 10.239/2020, que afastou a participação de governadores no Conselho Nacional da Amazônia Legal (CNAL) e o Decreto 10.223/2020, que extinguiu o Comitê Orientador do Fundo Amazônia

12 – Voto da Min. Carmen Lúcia na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760 - DF

b) Os instrumentos internacionais públicos como garantia

No direito internacional público, há mecanismos econômicos e mesmo militares para a indução à conformidade em matéria ambiental. No direito internacional econômico, nota-se a progressiva aceitação de barreiras comerciais em nome da proteção da natureza, sobretudo na Organização Mundial do Comércio. No direito internacional humanitário, há o uso do fundamento da proteção do meio ambiente para as ações de ingerência do Conselho de Segurança das Nações Unidas no âmbito do Capítulo VII da Carta da ONU, ou seja, para manutenção da paz internacional.

Além das instituições multilaterais em que o Brasil é membro, nota-se ainda uma importante preocupação ambiental no âmbito da OCDE e da União Europeia, onde o Brasil pretende ampliar suas relações institucionais. Neste sentido, vemos a ascensão do Brasil na OCDE e o acordo regional Mercosul-União Europeia como formas de ampliar a proteção ao meio ambiente no Brasil. Na hipótese desta seção, o meio mais efetivo para os países membros dessas organizações internacionais proteger o meio ambiente não é impedir o Brasil de ingressar na OCDE ou de não dar sequência ao tratado entre os sistemas regionais de integração, mas sim de ampliar a cooperação interinstitucional e o nível de interdependência econômica.

Para estudar o tema, vamos primeiro analisar os instrumentos de garantias ambientais nas organizações internacionais em que o Brasil já integra, OMC e ONU, para em seguida avaliar quais as possibilidades com as negociações em curso, OCDE e Mercosul-União Europeia.

i. OMC

O Brasil participou, na OMC, da maioria dos casos envolvendo barreiras ao comércio internacional em nome do meio ambiente. Em diversos casos, o Brasil defendia o direito de criar suas próprias barreiras comerciais para proteger o meio ambiente, como no caso dos pneus recauchutados, por exemplo, quando a União Europeia pretendia exportar

lixo ao país.¹³ No entanto, já atuou também contra barreiras comerciais levantadas em nome da proteção ao meio ambiente, a exemplo do caso dos União Europeia – Organismos Geneticamente Modificados, quando se discutia a racionalidade do nível de risco aceitável por um determinado país; ou no caso Estados Unidos – Gasolina, em que se discutia a aplicação do princípio do tratamento nacional em relação a igualdade de oportunidade dos mecanismos de controle sobre a quantidade de poluentes tolerados em combustíveis.¹⁴

Dentre os diversos dispositivos legais dos tratados da OMC, direta ou indiretamente relacionados com a proteção ambiental, destacam-se as exceções admitidas às barreiras comerciais, em especial, o art. XX, “b” e “g” do GATT. Vale citá-lo:

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;

Esses dispositivos foram bastante analisados pela teoria jurídica brasileira e estrangeira. No entanto, alguns elementos centrais da jurisprudência da OMC merecem ser lembrados, com o objetivo de demarcar os limites das possibilidades de imposição de barreiras comerciais em nome da proteção da natureza, como os limites do objeto de proteção, a liberdade dos Estados definirem seus níveis aceitáveis de risco, a necessi-

13 – WT/DS332. Brasil – medidas que afetam a importação de pneus recauchutados, 2005..

14 – WT/DS2. Estados Unidos – padrões para gasolina reformulada e convencional, 1996. Tive a oportunidade de trabalhar no primeiro e no terceiro caso citados.

dade de tentativas efetivas de cooperação antes da imposição de barreiras comerciais e a demonstração de que as medidas adotadas sejam realmente efetivas.

Primeiro, permite-se que os Estados estabeleçam seus próprios níveis de risco.¹⁵ Há consenso que inexiste o risco zero e a busca pela exclusão de todo o risco gera custos econômicos demasiados.¹⁶ No plano multilateral, alguns fóruns de negociações são responsáveis pela fixação dos níveis de risco mínimos aceitáveis por todos, como o Codex Alimentarius, o Ofício Internacional de Epizootias ou a própria Organização Mundial da Saúde. De qualquer modo, o direito internacional não impede que um Estado imponha barreiras comerciais a outro com um nível de risco mais rigoroso do que os padrões internacionalmente aceitos, mas exige-se que se limite às possibilidades abaixo e demonstre a efetividade das suas medidas para a proteção dos bens tutelados.

Segundo, é permitido a um Estado criar barreiras a importações em defesa da proteção de animais, plantas ou seres humanos. Note-se que não se fala de proteção do “meio ambiente”, o que levaria a uma ampliação do escopo do tratado multilateral, como bem se reafirmou em diversos julgados da OMC. Quando se delimita a proteção a objetos específicos¹⁷, entende-se que é preciso uma relação causal mais direta entre as medidas comerciais adotadas e determinados objetos de proteção. A imposição de barreiras comerciais em defesa das mudanças climáticas, por exemplo, seria mais facilmente aceita caso se aceitasse a proteção ao meio ambiente, mas teria uma relação causal menos direta para ser aceita pelos órgãos de solução de conflitos da OMC, para a proteção das plantas, animais e animais.

15 – Há várias jurisprudências na OMC a respeito da possibilidade de definição dos níveis próprios de risco, como WT/DS26. União Europeia – Hormônios; WT/DS320. Estados Unidos/Canadá. Suspensões contínuas no caso União Europeia – Hormônios; WT/DS18. Austrália - Salmão.

16 – VARELLA, M. D. Governo dos riscos. Brasília, UniCEUB, 2005.

17 – Em especial, ver as discussões no caso Brasil – pneus recauchutados, citado acima.

Terceiro, a jurisprudência da OMC exige efetividade da medida restritiva do comércio em nome da proteção ambiental, o que obriga o Estado a avaliar a necessidade da sua restrição ao comércio. Avalia-se inclusive se haveria medidas tão efetivas quanto a aplicada, mas menos restritivas ao comércio internacional, o que reduz a margem de manobra do governo local. A análise da efetividade inclui a necessidade de um tratamento científico de dados de avaliação de riscos.¹⁸ Caso interessante, em que a OMC contribuiu para o avanço da jurisprudência internacional ocorreu na análise do princípio da precaução, no caso União Europeia - asbestos. Enquanto outros tribunais internacionais, no mesmo período, como a Corte Internacional de Justiça, negou o princípio da precaução como um princípio geral de direito internacional¹⁹, ou o Tribunal da União Europeia apenas o usou como fundamento, sem delimitar seu escopo, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC determinou limites lógicos e o seu alcance, exigindo que qualquer barreira comercial com fundamento no princípio da precaução atenda a 4 requisitos: a) imposto apenas quando as informações científicas pertinentes são insuficientes; b) analisado à luz das informações científicas disponíveis; c) seguido de um esforço para obtenção de informações adicionais necessárias a uma avaliação mais objetiva do risco e; d) condicionada ao reexame do tema em um período razoável de tempo.²⁰

Quarto, a jurisprudência da OMC determina que qualquer ato unilateral em defesa do meio ambiente deve ser precedido de uma negociação entre as partes e mecanismos para induzir a soluções acordadas e cooperação internacional. No caso da Tailândia - Camarões, por exemplo, os Estados Unidos pretendiam proibir a importação de camarões da Tailândia, porque o método de pesca utilizado acarretava na matan-

18 – Appellate Body Report, EC – Asbestos, para. 161. With respect to the standard of review in general, see the Section on Article 11 of the DSU. Citar também hormônios...

19 – A esse respeito ver os casos da CIJ. Contencioso entre Hungria e Eslováquia sobre os sistemas de barragens Gabčíkovo-Nagyrmaros e na CJCE. Casos C-284/95 e C-341/95. VARELLA, M.D. Diferenças de interpretação sobre um mesmo tema: o princípio da precaução na CIJ, OMC e CJE in *Revista Europeia de Direito Ambiental*, 2004, n. 8.

20 – WT/DS76/AB/R, para. 89.

ça indiscriminada de tartarugas ameaçadas de extinção.²¹ Foram necessárias três decisões, sobre o mesmo tema, para que os Estados Unidos demonstrassem que tinham realizados esforços suficientes de cooperação técnica para viabilizar condições de financiamento e acesso a tecnologias aos pescadores asiáticos utilizarem outros instrumentos de pesca menos agressivos às tartarugas, em especial os dispositivos de escape de tartarugas (DET). Apenas quando ficou evidente que a cooperação tinha sido tentada e não aceita voluntariamente pela Tailândia, a OMC aceitou a imposição da medida como forma de proteção ambiental.

O julgado é interessante:

Condicionando o acesso ao mercado doméstico de um Membro se os Membros exportadores cumprir ou adotar uma política ou políticas prescritas unilateralmente pelo importador Membro pode, até certo ponto, ser um aspecto comum das medidas que se enquadram no alcance de uma ou outra das exceções (a) a (j) do Artigo XX. Parágrafos (a) a (j) incluem medidas que são reconhecidas como exceções a obrigações substantivas estabelecido no GATT 1994, porque as políticas domésticas incorporadas foram reconhecidas como importantes e de caráter legítimo. Não é necessário assumir que exigir dos países exportadores o cumprimento ou adoção de certas apólices (embora abrangidas em princípio por uma ou outra das exceções) prescritas pelo país importador, torna uma medida a priori incapaz de justificação nos termos do Artigo XX. Tal interpretação torna a maioria, se não todos, os exceções específicas do Artigo XX seriam inúteis, um resultado abominável aos princípios de interpretação que somos obrigados a aplicar.

Em geral, relaciona-se os atos lesivos ao meio ambiente com atos danosos provocados pelos agentes do Poder Executivo. Contudo, nota-se no direito da OMC o Estado como um ente único e, portanto, alcança inclusive atos do Judiciário e do Legislativo, dentro da lógica da responsabilidade internacional do Estado. O contencioso dos pneus recauchutados, que envolveu o Brasil e a União Europeia, é emblemático. O Brasil havia proibido a importação de pneus usados, mas algumas importadoras conseguiram, no Judiciário brasileiro, tantas liminares que garantiam o

21 – WT/DS57. Estados Unidos - camarões, paras. 156 and 159

direito de importar os pneus europeus, que o volume ficou expressivo o suficiente para que a OMC considerasse uma violação ao princípio da nação mais favorecida. Na sua defesa, o Brasil alegou que havia recursos processuais em andamento contra as decisões liminares, e que eventualmente teriam seu mérito julgado a favor da proibição.

A OMC considerou que o tempo de demora do Poder Judiciário brasileiro para julgar as ações relativas a permissão de importação de pneus usados da União Europeia, entre cinco e sete anos, não era razoável e determinou uma posição coerente da jurisprudência num prazo de 18 meses, sob pena do Brasil poder ser sancionado unilateralmente pela União Europeia. A decisão da OMC foi indutora da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, que resultou na cassação de todas as liminares, pelo Supremo Tribunal Federal.²² Em outras palavras, uma disfuncionalidade que em geral é um obstáculo quase intransponível na execução de políticas públicas no Brasil - o tempo do judiciário - foi contornada pelo estímulo comportamental provocado pela OMC.

Após analisar alguns elementos básicos do direito da OMC a respeito da proteção ambiental, seria interessante refletir se algumas discussões atuais sobre restrições ao comércio em nome do meio ambiente, como por exemplo a criação de taxas de carbono, de forma a onerar produtos resultantes de processos de produção mais poluentes, ou bloqueio de importações de produtos relacionados ao desmatamento poderiam ser considerados legítimos à luz da jurisprudência da OMC.

As discussões em torno do Pacto Ecológico Europeu²³ pode ser um bom exemplo. A União Europeia procura compensar a totalidade de suas emissões de carbono até 2050. Há uma série de iniciativas para redução das emissões locais, mas também de imposição de medidas que compensem as vantagens competitivas de importações com padrões ambientais menos rigorosos. As importações de produtos cujos processos de produção seriam mais nocivos à mudanças climáticas seriam objeto de um

22 – ST. ADPF 101/DF . Relatora Min. Carmen Lúcia, julgado em 24 de junho de 2009.

23 – European Green Deal

Mecanismo de Ajuste de Fronteira sobre o Carbono (CBAM), que seria efetivado por meio de um tributo adicional sobre determinados países ou processos de produção. De acordo com o Conselho Europeu²⁴, busca-se evitar que os esforços europeus por processos produtivos com menor pegada de carbono sejam anulados por importações de produtos fabricados em outros países com metas menos ambiciosas que a União Europeia, bem como evitar a realocização de plantas industriais. Inicialmente, o CBAM tem como setores alvo: cimento, alumínio, adubos, produção de energia elétrica, ferro e aço.²⁵

O CBAM não atinge inicialmente o Brasil, exceto no tocante à ferro e aço, onde a matriz energética é muito mais limpa do que na própria União Europeia. Nada impede, contudo, que avance-se sobre outros setores, como a produção agrícola. O Conselho Europeu já enunciou claramente este objetivo, com a meta de remover cerca de 310 milhões de toneladas equivalente de CO₂ até 2030 e, a partir de 2031, aplicar as novas regras sobre as emissões agrícolas que não sejam relacionadas ao carbono²⁶, a exemplo da pecuária brasileira, grande emissora de metano, por exemplo. Neste caso, a União Europeia poderia legitimar uma taxa extra sobre a importação de alimentos em decorrência da destruição florestal ou da produção de metano na pecuária, em defesa da proteção contra as mudanças climáticas. A luz do direito da OMC, o objetivo seria legítimo e o nexo de causalidade e efetividade da medida não seriam difíceis de se justificar.

24 – Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2022/03/15/carbon-border-adjustment-mechanism-cbam-council-agrees-its-negotiating-mandate/>, acesso em 25 de agosto de 2022.

25 – O CBAM é um dos instrumentos do Objetivo 55 da União Europeia, com a audaciosa meta de reduzir as emissões globais de gases de efeito estufa em 61% até 2030. Busca atacar os gases emitidos no transporte marítimo, eliminar a gratuidade na emissão de licenças de emissão de aviação, avançar sobre a redução de emissões no setor rodoviário e na construção civil, além rever a reserva de estabilização do mercado. Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>, acesso em 25 de agosto de 2022.

26 – União Europeia, Dossier institucional 2021/0201 (ODC), disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10857-2021-INIT/pt/pdf>, acesso em 25 de agosto de 2022.

A eventual medida europeia não estaria livre de obstáculos. Haveria dificuldades para precisar quão profunda a análise de conformidade da cadeia produtiva a ser considerada, e muito provavelmente haveria abusos ou uma metodologia frágil, sobretudo em função do interesse de alguns países europeus, como a França, em proteger sua própria agricultura, criando obstáculos ao comércio de difícil justificação. Neste caso, o critério da existência de alternativas menos prejudiciais ao comércio poderia tornar a medida ilícita, à luz do direito da OMC. Qualquer medida prescinde de instrumentos efetivos de cooperação internacional, para a substituição de métodos tradicionais de cultivo, o que ainda são incipientes nos dias de hoje, sobretudo no tocante à União Europeia.

De qualquer modo, não há como negar que a medida pode ser viabilizada sob a ótica do direito internacional econômico e serviria como um instrumento importante de indução à conformidade, com potenciais impactos positivos sobre as cadeias produtivas e para a proteção da natureza.

ii. ONU

Embora o meio ambiente nunca tenha sido um fundamento isolado de ingerência humanitária pelo Conselho de Segurança da ONU, em diversos casos, foi utilizado como uma das justificativas para o envio de tropas para manutenção ou mesmo restauração da paz, no contexto do Capítulo VII da Carta da ONU. O Brasil esteve entre os países que coordenaram ações militares e alguns casos, com fundamentos ambientais

Houve uma expansão significativa das ações do Conselho de Segurança a partir de 1990, com o fim da bipolaridade política. O número de resoluções se amplia em 400%. Antes, a ingerência da ONU era praticamente inexistente e para conflitos que envolviam mais de um país. A partir de 1990, o conceito de ameaça à paz internacional e, em cerca de 70 ações da ONU, apenas uma envolvia mais de uma país, sendo todas as

demais conflitos internos que foram considerados graves o suficiente para legitimar uma ação internacional.²⁷

No período da guerra fria, o direito de intervenção era discutido apenas nos casos em que a paz internacional era ameaçada, sobretudo para casos de legítima defesa e defesa coletiva que são claramente enunciados pela Carta da ONU. Gradualmente, o conceito se expandiu e tocou outras áreas baseadas sobre a lei de assistência humanitária, com infinitas possibilidades como assistência em caso de desastres naturais, desastres políticos, construção da democracia, a luta contra o terrorismo e legítima defesa preventiva.

O Conselho de Segurança tem total liberdade para considerar se uma questão é essencialmente de competência nacional ou uma ameaça à paz internacional. É, portanto, quem intervém quem decide sobre a legalidade da intervenção, de acordo com seus critérios morais e ideológicos, bem como seus interesses²⁸. Portanto, para justificar legalmente a intervenção, o Conselho de Segurança deve decidir que o caso constitui uma ameaça à paz, uma ruptura da paz ou um ato de agressão.

A definição de “paz” é bastante ampla e se expandindo gradativamente nas resoluções dos anos recentes. Atualmente, o Conselho de Segurança considera o respeito pelos direitos humanos, democracia e eleições imparciais, elementos novos em comparação com as resoluções anteriores a 1990, e “indo além dos termos específicos e do Capítulo VII”. Alguns autores consideram ilegais as intervenções e atos do Conselho, referindo-se a este ponto no espírito da Carta e várias resoluções posteriores, como Resolução 2.131 de 1965, sobre a “Declaração de Inadmissibilidade de Intervenção em os Assuntos Internos dos Estados e a Proteção de Sua Independência e Soberania”; Resolução 2625 (XXV) de 1970, sobre a

27 – CHESTERMAN, S. Just war or just peace? Humanitarian intervention and international law, 346. Th: Doctor of Philosophy: University of Oxford, Magdalen College. Faculty of Law: Oxford: 2000, p.153

28 – MENGUE-EKOIME, R. Le Droit d'ingérence. Limites et controverses. Tese de doutorado sob a orientação de Albert Bourgi, defendida na Universidade de Reims, em 1997..

“Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional que Afetam as Relações Amistosas e a Cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas”; e Resolução 36/103 de 1981 sobre a “Declaração sobre a Inadmissibilidade de Intervenção e Interferência no Assuntos dos Estados”, que são padrões válidos, mas ineficazes na realidade. De qualquer forma, esses autores estão cada vez mais em minoria.²⁹

O meio ambiente já aparece entre as justificativas para a intervenção humanitária desde o início dos anos 1990. Em 1992, por exemplo, o presidente do Conselho de Segurança já alegava que a destruição ao meio ambiente ameaçava a paz e a segurança internacional. O texto é claro neste sentido:

A ausência de guerra e conflito militar entre os Estados não garante a paz e a segurança internacionais. **As fontes não militares de instabilidade em temas econômicos, sociais, humanitários e ecológicos tornam-se ameaças à paz e à segurança.** Os membros das Nações Unidas como um todo, trabalhando através dos órgãos competentes, devem dar a máxima prioridade à solução destes importantes assuntos.³⁰

Alguns autores mais radicais enquadram a defesa do meio ambiente como uma espécie de legítima defesa, em que o Estado nacional não pode mais ser considerado como o único ator a decidir sobre o meio ambiente em seu território.³¹ Outros, consideram que há um costume internacional dos Estados não praticarem atos que atinjam o meio ambiente dos demais Estados do planeta.³²

29 – MENGUE-EKOIME, R, *idem, ibidem*.

30 – 47 UN SCOR (3046th. Mtg) UN Doc S/23500 (1992)

31 – Bettati, por exemplo, defende que: “The recent emergence ... of a new norm of international law, according to protection of the individual, a sort of common heritage of humanity the same as the environment, no longer depends on the sole authority of the State of which he is a national, but which is of interest to the entire international community, radically changed the universal legal landscape.”, ver BETTATI. Ingérence humanitaire et démocratisation du droit international, *Le Trimestre du monde*, 1992, p.26

32 – SANDS, P. Cour internationale de justice. *Bulletin de droit nucléaire*, 1996, 58 (dezembro), p. 71.

Em casos concretos, o Conselho de Segurança já utilizou o meio ambiente como fundamento para diferentes ingerências. Há diferentes exemplos, como quando da invasão do Kuwait pelo Iraque ou na guerra da Iugoslávia. Na ocasião, havia incêndios em diversos poços de petróleo na região, com emissão de volume significativo de poluentes na atmosfera. O texto da resolução do Conselho de Segurança é claro:

Conforme apontado pelo grupo de especialistas, as atuais taxas de produção incremental [de petróleo] podem de fato atingir brevemente um patamar de 200.000 barris por dia, **mas serão alcançadas com graves consequências ambientais**, além de danos aos poços de petróleo.³³

Nas ações de restauração da paz na Iugoslávia, o meio ambiente foi fundamental para as ações do Conselho de Segurança da ONU, em função dos danos provocados pelo deslocamento de número expressivo de refugiados.

Em carta ao presidente do Conselho de Segurança, o secretário-geral escreveu sobre “um novo tipo complexo de emergência humanitária” onde a participação de agências especializadas da ONU, como o Programa Ambiental das Nações Unidas, foi considerada essencial. Aqui, o meio ambiente, destruído pela destruição de poços de petróleo, fábricas e bombas químicas, foi colocado no contexto do direito humanitário.

Além das necessidades humanitárias imediatas dos refugiados, deslocados internos e outras populações civis, o custo socioeconômico, **ambiental** e físico do conflito em toda a República Federativa da Iugoslávia em no seu entorno é imenso e criou um novo tipo de emergência humanitária complexa. Os desafios apresentados por esta emergência em um ambiente comparativamente desenvolvido **excedem o alcance humanitário**, ou seja, a experiência e capacidade de qualquer agência e obrigam as Nações Unidas a trazer toda a gama de seus conhecimentos, bem como parcerias estratégicas com outros atores, para suportar. Exigirá, antes e especialmente depois da solução do conflito de Kosovo, uma ação abrangente por parte das Nações Unidas, instituições financeiras internacionais, organizações regionais, Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), Federação

33 – S/1999/746, de 2 de julho de 1999.

Internacional da Cruz Vermelha e Sociedades do Crescente Vermelho (FICV) e organizações não governamentais para abordar todos os aspectos da crise.³⁴

A Corte Internacional de Justiça, no mesmo sentido, no Caso Gabčíkovo – Nagymaros, considerou que há uma obrigação geral dos Estados, parte do *corpus juris civilis* do direito internacional, em evitar que danos ocorram em territórios de outros Estados decorrentes de atividades realizadas em seu próprio território:

A Corte reconhece que o meio ambiente está sob ameaça diária e que o uso de armas nucleares pode constituir uma catástrofe para o meio ambiente. A Corte também reconhece que o meio ambiente não é uma abstração, mas representa o espaço vital, a qualidade de vida e a própria saúde dos seres humanos, incluindo as gerações ainda não nascidas. A existência da obrigação geral dos Estados de garantir que as atividades sob sua jurisdição e controle respeitem o meio ambiente de outros Estados ou de áreas fora do controle nacional agora faz parte do *corpus* do direito internacional relativo ao meio ambiente.³⁵

Deste modo, já houve, em diferentes casos, o uso da defesa do meio ambiente como fundamento para a ingerência militar da ONU, no âmbito do Capítulo VII, como ameaça à paz internacional. Contudo, esse nunca foi o principal fundamento para qualquer intervenção. Defende-se, neste artigo, que enquanto houver cooperação dos Estados para a proteção do meio ambiente, a ingerência em defesa do meio ambiente não se desenvolverá no âmbito do Conselho de Segurança. Contudo, caso haja uma posição rígida dos Estados sobre uma visão nacionalista extrema dos recursos naturais, ao mesmo tempo em que se permite a destruição interna de florestas, a perda de espécies ameaçadas de extinção ou se estimula a emissão descontrolada de gases de efeito estufa, não seria nenhuma sur-

34 – <https://reliefweb.int/report/iraq/report-group-experts-established-pursuant-paragraph-9-security-council-resolution-1242>

35 – Legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory Opinion, ICJ Recueil 1996, p. 241-242, par. 29) and Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie) 25 septembre 1997 73 Agenda for peace, preventive diplomacy, peacemaking, peacekeeping. Report submitted by the Secretary-General on the implementation of the declaration adopted by the Summit of the Security Council on 31 January 1992. A / 47/277-S / 24111, paragraph 17.

presa se o Conselho de Segurança resolvesse adotar sanções unilaterais fundadas na defesa do meio ambiente.

iii. Acordo Mercosul - União Europeia

O Acordo de Livre Comércio entre Mercosul e União Europeia tem um quadro institucional diferente dos anteriores, porque se trata de criação de sinergias entre dois sistemas regionais de integração e não de ação de um organismo multilateral. O tratado abrange 25% da economia global, o que mostra sua relevância.³⁶ Defende-se que a maior interdependência entre os Estados levará a um ambiente de negociação mais propício à proteção da natureza.

Conforme o acordo firmado, a União Europeia assume o compromisso de liberar progressivamente a importação de produtos industrializados e de permitir a importação de 82% das demandas de exportações agrícolas do Mercosul. Em relação aos produtos restantes, haverá uma liberalização progressiva, controlada por cotas de determinados produtos agrícolas que também são produzidos na Europa, como açúcar e carne, sendo que o excesso será tributado de modo diferenciado. O Mercosul se compromete, a seu turno, a liberar 90% da importação de produtos industrializados e 93% dos produtos agrícolas europeus. Há ainda a previsão de redução de barreiras sanitárias, acesso a mercados de compras públicas, entre outros.

A eliminação de barreiras sanitárias prescinde da negociação de um mínimo denominador comum entre métodos de controle de danos contra o meio ambiente, como formas de combate a doenças animais e vegetais, de autorização e uso de defensivos agrícolas, por exemplo. Apenas será possível a União Europeia permitir a importação direta de produtos agrícolas quando os mecanismos de controle dos meios de produção forem similares entre os dois sistemas regionais de integração. Trata-se de um nivelamento “por cima”, desde que os padrões utilizados façam sentido

36 – TIMINI, Jacopo e VIANI, Francesca. The EU-Mercosur Free Trade Agreement: main features and economic impact. Banco de Espana, 2020 disponível em <https://ssrn.com/abstract=3627279>

do ponto de vista científico e da sua efetividade. De qualquer modo, dois efeitos são previsíveis: aumento significativo da exportação de produtos agrícolas do Mercosul para a Europa, que hoje enfrentam barreiras importantes e melhor controle dos defensivos agrícolas e técnicas de produção em virtude do nivelamento com padrões Europeus.

O tratado prevê várias referências à proteção do meio ambiente. Há diversas referências a objetivos de proteção ambiental no preâmbulo e em vários capítulos, a possibilidade de uso das exceções ao livre comércio, por meio da utilização do art. XX do GATT³⁷, citação expressas de alguns tratados ambientais, como sobre biodiversidade e mudanças climáticas³⁸, inclusão de um capítulo específico sobre a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável, previsão expressa do direito a regulação ambiental³⁹, à cooperação ambiental⁴⁰, à transparência e à participação pública no processo.⁴¹

As normas de proteção ambiental são rígidas no Mercosul, mas são mais efetivas na União Europeia. Quando se fala em eficiência da matriz energética e emissão de CO₂, por exemplo, a diferença é pequena.⁴² Uma comparação interessante, no gráfico abaixo, demonstra o potencial de cooperação a partir do tratado bilateral em indicadores de regulação e performance ambiental, que é medido a partir de 32 indicadores sobre a proteção ao meio ambiente e vitalidade dos ecossistemas:

37 – Capítulo 3, art. 13 (2) (a)

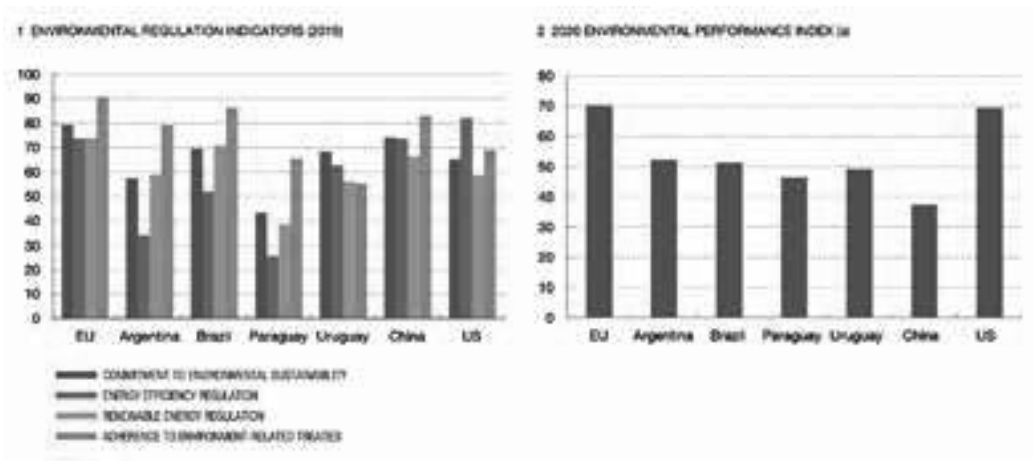
38 – Art 13(2) (a), Capítulo 14, arts 1 e 5, entre outros

39 – Capítulo 14, arts 1(4)(b), art. 2 e outros

40 – Capítulo 14, arts 1 (4) (c)

41 – Capítulo 14, art. 3

42 – CAMPOS, R., SUÁREZ-VARELA, M. e TIMINI, J. The EU-Mercosur Trade Agreement and its impact on CO₂ emissions. Banco de España, 2020, disponível em <https://ssrn.com/abstract=4021945>



fonte: *The Global Competitiveness Report 2019* (World Economic Forum), Yale Center for Environmental Law & Policy and World Bank apud p. 5 completar (4021945).

O texto do capítulo sobre comércio e meio ambiente é claro em obrigações. Prevê-se o endereçamento dos principais temas ambientais em discussão na atualidade, como preservação das florestas, da biodiversidade, mudanças climáticas, espécies ameaçadas de extinção, acesso a recursos genéticos, controle dos aspectos ambientais por meio de produção de cadeias produtivas e de investimentos internacionais.

Embora as partes tenham resguardado a liberdade de determinação de um nível próprio de proteção ao meio ambiente, o que parece garantir uma margem nacional de apreciação, estabelece-se a obrigação de proteger, de forma efetiva, que o comércio entre os blocos regionais não contribua para a degradação das florestas. Prevê-se inclusive que os Estados adotem medidas efetivas para a recuperação de áreas já desmatadas. Da mesma forma, prevê-se efetividade das ações para evitar as mudanças climáticas, consultas às comunidades tradicionais, proteção contra o tráfico de espécies ameaçadas de extinção, entre vários outros.

O texto de alguns artigos é ilustrativo:

Art 2 Direito de regular e níveis de proteção

(5). Uma Parte não poderá, por meio de ação ou omissão contínua ou recorrente, deixar de **aplicar efetivamente suas leis ambientais** ou trabalhistas para incentivar o comércio ou o investimento.

Art. 6 Comércio e Mudanças Climáticas

(1) As Partes reconhecem a importância de perseguir o objetivo final da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) a fim de enfrentar a ameaça urgente das mudanças climáticas e o papel do comércio para esse fim.

(2) De acordo com o ponto 1, cada Parte deverá:

(a) implementar efetivamente o UNFCCC e o Acordo de Paris;

(b) em consonância com o artigo 2 do Acordo de Paris, promover a contribuição positiva do comércio para um caminho de baixa emissão de gases de efeito estufa e desenvolvimento resistente ao clima e para aumentar a capacidade de adaptação aos impactos adversos das mudanças climáticas de uma forma que não ameace a produção de alimentos.

Art. 7 Comércio e biodiversidade

1. As Partes reconhecem a importância da conservação e do uso sustentável da diversidade biológica consistente com a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies de Fauna e Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção (CITES), o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Agricultura e Alimentação, e as decisões adotadas no âmbito deste tratado e o papel que o comércio pode desempenhar ao contribuir para os objetivos desses acordos.

.....

(a) **implementar medidas efetivas** que levem a uma redução do comércio ilegal de animais selvagens, de acordo com os acordos internacionais dos quais é parte.

Art. 8. Comércio e manejo sustentável de florestas

1. As Partes reconhecem a importância do manejo florestal sustentável e o papel do comércio na busca deste objetivo e da restauração florestal para conservação e uso sustentável.

Embora alguns autores critiquem o tratado por não ter obrigações específicas para a proteção do meio ambiente, não vejo como se poderia ir além em um tratado desta natureza, no tocante à sua cogência. Não apenas há obrigações de resultado, ao se referir a efetividade das obrigações, como é fácil deduzir pelo texto que barreiras comerciais poderão ser im-

postas, ao menos no comércio bilateral, quando tais objetivos não forem alcançados. Considerando que um dos problemas com o direito ambiental brasileiro é a baixa efetividade de suas normas, o potencial de impacto do tratado bilateral parece ser significativo.

Além disso, há dispositivos específicos no capítulo VII sobre comércio e meio ambiente, com um instrumento de solução de controvérsias. Pode se transformar em mecanismo paralelo e complementar à OSC/OMC, mas com uma base jurídica mais clara sobre o que os Estados podem fazer em nome do meio ambiente, sobretudo porque não apenas usa o direito da OMC como base, como vai além, com a citação de vários tratados ambientais multilaterais.

Não temos dúvidas que se trata de instrumento poderoso para sanções unilaterais, caso seja implementado. Com a entrada em vigor do tratado e a ampliação da interdependência das exportações agrícolas do Brasil para a União Europeia, é evidente a possibilidade de uso dos dispositivos para criar interesses dos atores econômicos mais relevantes no processo de produção para a defesa do meio ambiente, de modo a evitar prejuízos com eventuais barreiras comerciais pelos mercados consumidores.

3. Os instrumentos internacionais privados como garantia

No âmbito privado, identificamos duas lógicas de proteção ao meio ambiente: a primeira deriva dos esforços dos Estados, tanto no plano internacional, como nacional, para criar regras para realizar políticas públicas por meio dos atores privados. A segunda se refere a regimes totalmente privados, que independem dos Estados nacionais.

No tocante às regras públicas voltadas para a indução de atores privados, normas ambientais não obrigatórias foram induzidas por vários organismos internacionais, como o Global Compact da ONU, o Guia de Multinacionais da OCDE, os Princípios sobre Negócios e Direitos Humanos da ONU, como Padrões de Performance do International

Finance Corporation⁴³. Da mesma forma que no direito ambiental público, houve a construção de por meio de normas voluntárias, que adensam uma cultura em favor do meio ambiente, suficiente para no médio prazo gerar valores ambientais que acabam com um nível de convencimento que torna difícil aos atores adotarem práticas ambientalmente negativas.

Vários tratados bilaterais de investimentos prevêem regras de proteção ambiental. Não haverá a efetividade do tratado, com a proteção dos investimentos bilaterais caso a empresa atue em desconformidade com as regras ambientais. Assim, além de estar sujeita às penalidades do direito nacional, aumenta-se o risco com a ausência de proteção do tratado. É o caso do tratado bilateral de investimentos entre Brasil e Índia, entre Marrocos e Congo, entre Marrocos e Nigéria, entre vários outros.⁴⁴

No julgamento de ações envolvendo normas ambientais, os tribunais arbitrais podem decidir sobre a obrigatoriedade de leis nacionais, ainda que os próprios Estados não as cumpram. Assim, ainda que a empresa não seja punida pelas autoridades públicas responsáveis, as demais empresas com quem contratam podem deixar de cumprir suas contraprestações, em defesa do meio ambiente nacional. Há vários casos, como em *Cortec v. Kenia*, em que a empresa foi acusada de não obter a licença ambiental, de acordo com as leis do Kenia.⁴⁵

No tocante aos regimes privados, nota-se maior importância de regras de certificação, onde o Estado audita empresas de certificação que atestam a qualidade de determinado setor produtivo. Nesta lógica, há uma inversão da ética da discussão de Habermas em direito e democracia. Em vez de o Estado assegurar a participação democrática dos cidadãos, dar publicidade aos debates, garantir o contraditório, propor ao parlamento, votar e aplicar regras na sociedade, aqui os usuários finais das regras tomariam as rédeas do processo e determinariam seus próprios “interesses

43 – ANDRADE, P. e MONEBHURRUN, N. Mapping investors' environmental commitments and obligations in HO, J. e SATTOROVA. *Investors' international law*, 2021, p. 270

44 – ANDRADE e MONEBHURRUN, *ob. cit.*, p. 280

45 – *Idem, ibidem.*

públicos”, aplicando-os como se direito fosse⁴⁶. Pode-se ainda defender a existência de um conjunto de atos totalmente privados, que fogem à lógica positivista hierárquica, como na *lex eletronica*, *lex mercatoria*, *lex financeira* ou mesmo em redes de atores privados que se reúnem no contexto de uma organização formal para criar regras próprias, como funcionários, órgãos, filiais de uma empresa, empresas coligadas em uma *holding*; jogadores ou clubes de uma associação desportiva.

Da mesma forma que ocorreu em normas laborais ou de saúde, as seguradoras passam a quantificar a adoção de regras ambientais para a mensuração das apólices. A empresa seguradora Swiss Re tem um amplo programa de avaliação e detecção de riscos ambientais. A ideia é prevenir e evitar catástrofes, que geram efeitos importantes sobre os seguros contratados.⁴⁷

No plano global, tratando-se de multinacionais e ou cadeias produtivas globais, há uma inversão da lógica público-privado. Códigos de conduta são criados por organizações internacionais ou por Estados (como a Proposta de Normas para Responsabilidade Corporativa da ONU) e operam como *soft law* para as empresas transnacionais, enquanto a *hard law* é a *lex mercatoria* criada pelos próprios atores privados. A sanção ocorre dentro da lógica da construção de redes normativas aplicadas no âmbito privado por cadeias produtivas.

No plano empresarial, nota-se a ascensão de um “ator coletivo” ou “ente organizacional” (*corporate actor*), que se torna o centro de imputação para otimização dos lucros das empresas do grupo, formado por uma miríade de empresas e atores individuais, em forma de rede. A diferença dos novos arranjos neocorporativos em relação ao tradicional direito contratual seria a criação de relações mais estáveis (inviáveis em lógicas con-

46 – OST, F., e KERCHOVE., De la pyramide au reseau, Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Boulevard du Jardin Botanique, 2002, p. 74-76 e HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, v. I. Trad. Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

47 – HECT, A. D. The next level of environmental protection: business strategies and government policies converging on sustainability in *Sustainable Development Law & Policy*, v. 8, n. 1, 2007, p. 3

tratuais, mais flexíveis); compromissos comuns para toda a organização, com mais flexibilidade; pré-orientação dos atores sobre os interesses da organização, cujo poder apelativo é maior do que o vínculo gerado por via contratual.⁴⁸ As normas de direito privado não seguem os limites ou lógica do direito público. As lógicas de identificação e coordenação, completamente dissociadas de valores ético-morais ou das regras estatais.⁴⁹

Na prática, a cadeia produtiva define de forma coletiva ou mesmo por meio de um ator mais influente quais as regras a serem cumpridas. O não cumprimento gera a exclusão de empresas da cadeia, o que na prática pode ocasionar sua ruína. Há vários exemplos. O Fundo BlackRock, com US\$ 10 trilhões em investimentos, é maior do que a maioria dos países do mundo e atua internacionalmente. O fundo tem um conjunto de objetivos ambientais e apenas aplica seus recursos em empresas que seguem tais objetivos, ou seja, torna o direito ambiental efetivo independente das normas estatais. No tocante às mudanças climáticas, fixou a redução das emissões de escopo 1 e 2 para 67% em 2030 e 40%. Determinou que empresas fornecedoras mais representativas por emissões de gases de efeito estufa se alinhassem as metas do fundo de investimento até 2025, sob pena de poderem ser excluídas das cadeias produtivas.

Há várias lógicas para a implementação destes objetivos privados. Pode-se criar ETFs de fundos criados especificamente para investimentos verdes, focalizar novos investimentos em projetos de energia limpa (solar, eólica, veículos elétricos, projetos de infraestrutura) ou mesmo realizar filantropia para projetos de preservação do meio ambiente. Na gestão de companhias com controle acionário parcial, o relatório da BlackRock de 2021 indica ainda 107 votos contra práticas inadequadas para o desenvolvimento sustentável, contra assunção de riscos desnecessários com potencial de gerar danos ao meio ambiente, 255 votos contra a eleição

48 – TEUBNER, G., "Unitas multiplex": a organização do grupo de empresas como exemplo, In: *Revista de Direito GV*, v. 1, n. 2, jun.-dez. 2005, p. 90-91.

49 – Tivemos a oportunidade de desenvolver mais este tema no livro "Internacionalização do Direito", disponível no SSRN. Neste artigo, objetiva-se ser mais prático e menos teórico, de modo que não iremos nos aprofundar na análise da lógica do sistema em si.

de diretores em função de preocupações climáticas ou mesmo 319 votos contra a inclusão de empresas isoladas, por questões ambientais.⁵⁰

A ação destes fundos de investimentos é suficiente para bloquear a omissão de Estados em defesa do meio ambiente. Ainda uma empresa fornecedora de uma cadeia produtiva de alimentos realize sua produção de forma negativa para a preservação do meio ambiente e o seu dano ambiental seja tolerado pelas autoridades locais, essa empresa pode ser excluída da cadeia produtiva porque o fundo de investimento com parte do controle acionário determinará com base em seus próprios valores a necessidade de excluir este ator. Do ponto de vista econômico, isso significa que o fornecedor perderá muito de sua capacidade de continuar existindo. Os próprios riscos associados à destruição do meio ambiente em uma cadeia produtiva global induzem os atores à conformidade.

4. Considerações finais

Conforme demonstrado neste artigo, a maior interdependência global induz a a maior proteção do meio ambiente. Torna-se difícil a qualquer governo, tanto em países desenvolvidos como em países em desenvolvimento, retroceder na proteção ambiental.

Há mecanismos de direito público e direito privado para assegurar a proteção ao meio ambiente no âmbito global. Evidenciou-se a construção de valores globais, que garantem resistências internas e internacionais, a existência de normas no âmbito de organizações internacionais, como da ONU, da OMC e mesmo no contexto de acordos entre sistemas regionais de obrigação como no debate do tratado de livre comércio entre Mercosul e União Europeia. A partir de casos concretos e do texto dos tratados em negociação, nota-se a possibilidade de ações concretas em defesa do meio ambiente.

No âmbito do direito privado, há normas de fundos de investimentos e em tratados para induzir empresas a assumir compromissos ambientais,

50 – <https://www.blackrock.com/corporate/literature/continuous-disclosure-and-important-information/tcfd-report-2021-blkinc.pdf>, acesso em 04.09.2022.

nos diferentes fóruns. No caso do direito privado, regras de participação em cadeias produtivas globais podem assegurar níveis de efetividade do controle da proteção ao meio ambiente tão ou mais importantes do que as regras de direito público interno, sobretudo em países que não têm capacidade de proteger o meio ambiente com seus próprios instrumentos.

Referências bibliográficas

ANDRADE, P. e MONEBHURRUN, N. Mapping investors' environmental commitments and obligations in HO, J. e SATTOROVA. *Investors' international law*, 2021

BETTATI. Ingérence humanitaire et démocratisation du droit international, *Le Trimestre du monde*, 1992, p.26

CAMPOS, R., SUÁREZ-VARELA, M. e TIMINI, J. The EU-Mercosur Trade Agreement and its impact on CO2 emissions. Banco de España, 2020, disponível em <https://ssrn.com/abstract=4021945>

CHESTERMAN, S. Just war or just peace? Humanitarian intervention and international law, 346. Th: Doctor of Philosophy: University of Oxford, Magdalen College. Faculty of Law: Oxford: 2000

HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, v. I. Trad. Fávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HECT, A. D. The next level of environmental protection: business strategies and government policies converging on sustainability in *Sustainable Development Law & Policy*, v. 8, n. 1, 2007

IMPERIALI, C., *L'effectivité du droit international de l'environnement. Contrôle de la mise en oeuvre des conventions internationales. Coopération et développement*, Paris, Economica, 1998

KISS, A., Environnement et développement ou environnement et survie? *Journal du Droit International*, 1991, 118, v. 2

MENGUE-EKOIME, R. Le Droit d'ingérence. Limites et controverses. Tese de doutorado sob a orientação de Albert Bourgi, defendida na Universidade de Reims, em 1997

OST, F., e KERCHOVE., *De la pyramide au reseau*, Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Boulevard du Jardin Botanique, 2002, p. 74-76.

PAHUJA, S., *Decolonising international law*, Development, economic growth and the politics of universality, Cambridge, CUP, 2011

RÉMOND-GOUILLOUD, M. Du Droit de détruire. *Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Paris, 1989

SANDS, P. Cour internationale de justice. *Bulletin de droit nucléaire*, 1996, 58 (dezembro)

SHELTON, D., *Commitment and compliance*. The role of non-binding norms in the international system, Oxford: OUP

TEUBNER, G., “Unitas multiplex”: a organização do grupo de empresas como exemplo, *In: Revista de Direito GV*, v. 1, n. 2, jun.-dez. 2005

TIMINI, Jacopo e VIANI, Francesca. The EU-Mersosur Free Trade Agreement: main features and economic impact. Banco de Espana, 2020 disponível em <https://ssrn.com/abstract=3627279>

União Europeia, Dossier institucional 2021/0201 (ODC), disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10857-2021-INIT/pt/pdf>, acesso em 25 de agosto de 2022.

VARELLA, M. D. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, disponível em www.marcelodvarella.org

VARELLA, M. D. *Internacionalização do direito*. Brasília: UniCEUB, 2013

VARELLA, M.D. Diferenças de interpretação sobre um mesmo tema: o princípio da precaução na CIJ, OMC e CJE *in Revista Europeia de Direito Ambiental*, 2004, n. 8.

VIOLA, E., FERREIRA, L. D. C. *Incertezas de sustentabilidade na globalização*. Campinas: Unicamp, 1996

WOLFRUM, R. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1998, 272.

Texto apresentado em setembro de 2022. Aprovado para publicação em outubro de 2022.

